



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

NATÁLIA SILVA CUNHA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E UMA NOVA VISÃO DO PRINCÍPIO
DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL NO BRASIL**

BRASÍLIA

2021

NATÁLIA SILVA CUNHA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E UMA NOVA VISÃO DO PRINCÍPIO
DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador(a): Professor Me. Marlon Eduardo
Barreto.

BRASÍLIA

2021

NATÁLIA SILVA CUNHA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E UMA NOVA VISÃO DO PRINCÍPIO
DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL NO BRASIL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador(a): Professor Me. Marlon Eduardo
Barreto.

BRASÍLIA, ____ DE _____ DE 2021

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a) Me. Marlon Eduardo Barreto

Professor(a) Avaliador(a)

Dedico este trabalho ao meu amigo e companheiro Deus, fonte de forças nas minhas fraquezas e refúgio seguro nas tribulações. Com gratidão aos meus pais por apoiarem e investirem nos meus sonhos e ao meu cunhado (vulgo, Cadu), por todo suporte, conselhos e inspiração. À tia Águida (em memória), vítima da Covid-19, por todo seu exemplo de garra e determinação que me inspiram, e sua alegria que sempre aquecerá meu coração.

RESUMO

Este estudo está inserido no Direito Penal e no Direito Processual Penal e tem como objetivo identificar as mudanças ocorridas na legislação penal brasileira a partir da Lei nº 13.964/2019, a qual incluiu no Código de Processo Penal o Acordo de Não Persecução Penal. Analisa também as razões da morosidade da inserção de mecanismos de negócio penal no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo sendo comprovado a sua eficácia para a celeridade aos julgamentos. Defendemos que o entrave se encontra na interpretação restritiva do princípio de obrigatoriedade da ação penal, e destacamos a necessidade de uma nova abordagem desse princípio (à luz de um princípio da oportunidade regradada ou obrigatoriedade mitigada) e defendemos uma interpretação da obrigatoriedade sob a ótica da teoria funcionalista que pode harmonizar a necessidade de eficiência estatal com as garantias individuais do acusado.

Palavras-chave: Direito Penal. Acordo de Não Persecução Penal. Princípio da Obrigatoriedade. Justiça Penal Negociada.

ABSTRACT

This study is inserted in the Criminal Law aiming to identify the ~ changes occurred in the Brazilian criminal legislation since Law nº 13.964/2019, as well as the reasons for the delay in its insertion, even though its effectiveness for speeding up the trials has been proven. We defend that the obstacle lies in the understanding of the principle of mandatory criminal action according to the absolute theory of punishment and we defend an interpretation of the obligation under the perspective of the functionalist theory that can harmonize the need for state efficiency with the individual guarantees of the accused.

Keywords: Criminal Law. Penal Non-Persecution Agreement. Principle of Obligation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 NATUREZA E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AÇÃO PENAL	10
1.1 Vingança Privada	10
1.2 Vingança Divina	11
1.3 Vingança Pública	11
1.4 Período Humanitário.....	12
1.5 Período Científico ou Criminológico	16
2 ORIGEM DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL	22
3 MECANISMOS BRASILEIROS QUE MITIGAM O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL	31
3.1 Transação Penal.....	33
3.2 Acordo de Colaboração Premiada	36
3.3 Plea Bargain.....	37
4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	40
4.1 Requisitos do ANPP	44
4.1.1 Requisitos Objetivos.....	45
4.1.2 Requisitos Subjetivos	47
4.2 Cláusulas do acordo.....	49
CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	59

INTRODUÇÃO

O presente estudo enfoca as mudanças ocorridas na legislação penal por intermédio da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, ao introduzir no Código de Processo Penal o Acordo de Não Persecução Penal, que consiste em um mecanismo de justiça negocial. O objetivo é identificar como a inserção de mecanismos de negócio penal se relaciona e se contrapõe com o princípio da obrigatoriedade da ação penal. A hipótese é de que o princípio da obrigatoriedade da ação penal (quando interpretado de modo a não comportar mitigações) destoa da moderna concepção de que o direito penal e a aplicação da pena devem não apenas visar a retribuição do infrator, mas também prevenir o cometimento de novos delitos e ressocializar a pessoa do delinquente, buscando mecanismos que visem a sua reintegração à sociedade. Neste caso, a obrigatoriedade da ação penal e a teoria absoluta da pena estão interligadas, de modo que, e sua gênese, tal princípio não considera as demais funções da pena, mas somente a função retributiva.

Além do mais, tende a tornar inviável o solucionamento a contento de todas as demandas que se apresentam ao judiciário, pois dificulta a celeridade processual de casos de pequena e média gravidade. Nesse tocante, parte da doutrina defende que os efeitos gerados por esse formalismo processual têm relação direta com a impunidade, a cifra negra e o super encarceramento, razão pela qual postulam também a necessidade de mitigação desse princípio, de modo a dar-lhe uma nova roupagem.

Assim, muito influenciado pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, a evolução da justiça penal negocial no Brasil vem ocorrendo de forma muito tímida, começando pela criação da Lei dos Juizados Especiais, em 1995, na qual se previu a possibilidade de oferecimento da transação penal, evoluindo até a criação do art. 28-A do Código de Processo Penal, em 2019, que, por meio do Pacote Anticrime, incluiu o Acordo de Não Persecução Penal na legislação brasileira.

Considerando a necessidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, trataremos do surgimento desse princípio e da necessidade de dar a ele uma nova conformação jurídica, de modo a propiciar uma implementação mais efetiva de acordos penais.

Este estudo está dividido em quatro capítulos. No primeiro capítulo falaremos sobre a natureza e a evolução histórica da ação penal, explanado o momento em que o Estado passou a

ser o detentor do *jus puniendi*, surgindo a necessidade de um devido processo legal que legitimasse a pena.

No segundo capítulo trataremos sobre o histórico do princípio da obrigatoriedade da ação penal, sua relação com o sistema inquisitivo, com as teorias absolutas da pena, bem como com a visão funcionalista que instiga a propiciação de sua mitigação nos ordenamentos mundiais.

No terceiro capítulo abordaremos a aplicação da justiça penal negociada no Brasil, e quais institutos foram e têm sido utilizados para a sua implementação, para, por fim, no quarto capítulo, colocarmos em evidência, mais especificamente, o Acordo de Não Persecução Penal e seus benefícios na execução da justiça penal.

1 NATUREZA E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AÇÃO PENAL

Desde os primeiros aglomerados urbanos surgiu a necessidade de um ordenamento coercitivo para garantir a paz e a convivência harmoniosa na sociedade. Muitas vezes, o controle social era realizado pela atuação de órgãos e instituições como a família, a escola, a igreja e outros. No entanto, quando algum comportamento desviante atinge interesses e direitos públicos ou privados, como por exemplo, a vida, a integridade física ou a liberdade, torna-se necessário a intervenção do Estado com o ordenamento jurídico para regular a vida em sociedade.

Podemos dividir o Direito Penal em períodos históricos, cabe lembrar que a divisão é apenas didática e não implica independência entre as fases. Muito pelo contrário elas se misturam e se permeiam. São elas denominadas de vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário e período científico ou criminológico.

1.1 Vingança Privada

Como evidencia Coulanges (1981) neste período predominava os clãs, ou seja, os membros da família são ligados pela consanguinidade, unidos por um ancestral comum. Este vínculo sanguíneo era o determinante para a vingança privada, caso algum do membro sofresse alguma lesão por membro de outro clã, o clã que sofria a lesão tinha o direito de se vingar contra o agressor, qualquer um de seus membros, posses ou mesmo a guerra. O que tornava este período extremamente violento, num ciclo de vingança interminável. Greco (2017) afirma que por se tratar de justiça com as próprias mãos não havia intermediação de terceiros na aplicação da punição. Como o propósito da vingança privada era a retribuição do mal causado imperava a lei do mais forte. De acordo com Estefam; Gonçalves (2012) as penas mais comuns, para os membros do grupo, o banimento e a ausência de proteção do clã; e para o clã rival era a vingança de sangue. Neste contexto que se esboça a famosa Lei de Talião e o Código de Hamurabi¹. A pena de morte era comum: na fogueira, na forca, por afogamento ou empalação, geralmente determinada de acordo com a natureza da ofensa. A determinação “uma vida por uma vida” atingia os filhos dos causadores do dano aos filhos dos ofendidos.

¹ Conjunto de leis criadas pelo sexto Rei da Suméria (século XVIII a.C.) na Mesopotâmia.

1.2 Vingança Divina

Neste período predominava a crença de que os deuses eram os guardiões da sociedade, assim todo crime cometido era uma ofensa aos entes divinos ou sobrenaturais. A sociedade se agrupou em torno de um sacerdote, responsável pela administração da justiça e da aplicação das sanções. Cabia à divindade determinar os procedimentos legiferantes. Era comum sacrifícios humanos com o objetivo de reparar a ofensa ao deus, punir o ofensor e intimidar a população. Este tipo de legislação penal, predominou entre os egípcios, hebreus, chineses e hindus. Segundo Masson (2017) a pena nesta fase não tem caráter retributivo, mas apenas de expiação. O transgressor da lei divina deveria ser punido pelos próprios membros do agrupamento para que o pecado lançado sobre a sociedade fosse perdoado. As punições mais comuns eram o desterro e a perda da paz. São exemplos desta legislação: Código de Manu (Índia), Avesta (Pérsia), Pentateuco (Hebreus).

1.3 Vingança Pública

Com o surgimento de uma organização social mais complexa a tutela penal é centralizada nas mãos do Poder Público. Desta forma, cada cidadão é obrigado a se submeter a tutela jurisdicional do Estado como resposta oficial ao transgressor da lei, tendo por objetivo proteger a coletividade. As penas eram extremamente cruéis: esquartejamento, fogo, roda, forca e decapitação. Este tipo de penalidade predominou até o fim do século XVIII, sendo o suplício a forma pelas quais o poder se aplicava sobre o outro. Foucault (1987) narra como ocorria o suplício:

[Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757], a pedir perdão publicamente diante da porta principal da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Greve, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca com que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos ao fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento. (FOUCAULT, 1987, p. 59)

No crime de lesa-majestade era considerada uma infração grave, geralmente punido com o esquartejamento: o condenado era preso a quatro cavalos ou quatro galeras que se

lançavam em diferentes direções. Este foi o caso ocorrido no Brasil em 1792, quando Joaquim José da Silva Xavier, Tiradentes, foi condenado à morte por esquartejamento, acusado de conspirar contra o rei de Portugal.

A morte pelo fogo ocorria após o réu era amarrado a um poste, em praça pública, tendo o corpo era consumido pelas chamas. Este foi o caso de Joana D'Arc, acusada de bruxaria e condenada pela Inquisição a morrer queimada em praça pública no dia 30 de maio de 1431 na cidade de Rouen, França. Outra forma de penalidade era emergir o sentenciado em chumbo fundido, azeite ou resina ferventes. Também temos a roda que consistia em amarrar o condenado que era espancado pelo verdugo até que seus membros eram partidos. Depois colocado sobre uma roda, com a face voltada para o céu, até expirar.

O discurso de humanização das leis caracteriza-se pela crítica de que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana ou que venha lesionar a sua constituição físico psíquica.

1.4 Período Humanitário

Este período ocorre na passagem do Antigo Regime ao Estado Constitucional, precisamente foi impulsionado pelas ideias iluministas que vão abalar inúmeras áreas do saber, dentre elas o Direito. No Direito penal destaca-se Cesare Bonessana (Marquês de Beccaria), John Howard e Jeremy Bentham como influenciadores do pensamento moderno e a transformação do tratamento do condenado.

Cesare Beccaria viveu no auge das grandes transformações ocorridas na Europa no final do século XVIII, com a difusão dos ideais iluministas e propagação do múltiplas correntes filosóficas que contestavam a ordem social vigente. Neste contexto que Beccaria concebe um modelo para dar maior eficiência ao sistema penal. Influenciados por diversos pensadores, como Diderot, D'Alembert, Rousseau e outros. Em sua obra Beccaria (1999) introduz novas concepções de matriz iluminista com enorme repercussão e influência na organização de sistemas judiciais e processos legais, nos quais a pena é vista como uma sanção e não como punição. Temos aqui uma preocupação com o condenado e as razões que o levam a cometer a infração penal, introduzindo, no Direito Penal, a análise do estado econômico, social e cultural

do delinquente que passa a ser visto como uma pessoa inadaptada as normas impostas e que deve sofrer uma sanção penal de acordo com esta inadaptabilidade:

Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas. (BECCARIA, 1999, p. 37)

Em seu entendimento, um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade, já que a certeza de um castigo, se bem que moderado, causará sempre uma maior impressão do que o temor de um outro mais terrível. Por isso, defendia que para que uma pena tenha efeito, basta que o mal, nascido da pena, exceda o bem que nasce do delito, pois tudo que é demais e, portanto, supérfluo, e por isso tirânico.

Sobre os cárceres e as prisões Beccaria (1999) afirmava que não passavam de mansões onde grassava a miséria e a fome, despovoadas de compaixão e sentimento de humanidade, que os tornavam mais um suplício do que uma custódia do réu. Considerava a privação da liberdade uma pena e por isso, não devia preceder a sentença senão quando a necessidade o exigisse.

Segundo Fadel (2012), Beccaria criticava também: a forma de aplicação e a linguagem utilizada pela lei; a desproporção entre os delitos cometidos e as sanções aplicadas; a utilização indiscriminada da pena de morte; a utilização da tortura como meio legal de obtenção de prova e criticava as condições das prisões. Ainda segundo o autor, suas ideias vão influenciar reformas legislativas, como por exemplo, na Rússia, na Toscana, na Áustria e na Prússia.

Outra contribuição veio da Inglaterra quando em 1777, John Howard que após viajar por vários países da Europa verificou que as condições nas prisões eram similares em outras nações. Ives (1970) relata como eram as condições das prisões no século XVIII:

(...) as antigas prisões eram sobrelotadas, esqualidas, infectas, e imundas; as novas deveriam ser limpas e higiênicas. Nos velhos edifícios o deboche e o vício eram ordinários e galopantes; no meio da umidade e da miasmática escuridão eram ouvidos juramentos e obscenidades dos mais abandonados sexos, juntamente com o arrastar dos seus pesados grilhões, cujo som poderia ser ouvido de tempos a tempos pela acentuada cutilada do chicote do carcereiro. As novas prisões eram compostas por celas; existiam enormes fileiras de túmulos, dentro dos quais um recluso solitário e indolente frequentemente morria. Um profundo silêncio reinava, mas por vezes figuras fantasmagóricas, sempre vigiadas, e usando máscaras, possivelmente com

medo de que se reconhecessem uns aos outros, eram apressadas através de passagens típicas de adega, não se atrevendo a virar a cabeça para olhar à sua volta, nem tão pouco a levantar os olhos para um rápido soslaio em busca de uma outra máscara eventualmente presente (IVES, 1970, p. 171-172; GONÇALVES, 2009)

Em sua obra *The State of the Prisons in England and Wales, with Preliminary Observations and an Account of Some Foreign Prisons* (1777), defendia um tratamento mais digno ao preso e a construção de prisões adequadas às funções carcerárias. Como observa Gonçalves (2009) vigorava nas prisões da época o denominado Sistema de Comunidade, que consistia em colocar todo tipo de delinquentes misturados. Evidenciando que o objetivo era apenas retirá-los da sociedade. Neste ambiente, enfatiza Gonçalves (2009) o crime era ensinado e aprendido e a reabilitação impossível.

Neste contexto, Howard propõe uma reforma penitenciária centrada na educação do detento com os seguintes fundamentos: educação religiosa, trabalho regular organizado, condições alimentícias e de higiene humanas, isolamento parcial para evitar o contágio moral e inspeções periódicas. Apesar da resistência de aderir as suas ideias em virtude dos altos orçamentos, futuramente suas ideias vão influenciar o Direito penal, a ponto de Howard ser considerado “o apóstolo da humanização das prisões”. Suas ideias tiveram continuidade com Jeremy Bentham.

Jeremy Bentham (1748-1832) deu continuidade ao legado de John Howard. Influenciado pelas ideias de David Hume e a filosofia utilitarista² que preconizava a felicidade para um maior número de pessoas, Bentham defende mudanças sociais e política, propondo a realização de eleições regulares, voto secreto, abolição da monarquia e da igreja como instituição. Em sua proposta de reforma do sistema prisional defende a necessidade da prevenção e da punição dos delitos. Bentham afirmava que: “(...) é possível ao homem fazer o mal que se mostra necessário para o progresso dos seus interesses particulares e pessoais em detrimento do interesse público, e irá fazê-lo, mais cedo ou mais tarde, a não ser que, por alguns meios, intencionais ou não, seja impedido de fazer”. (GONÇALVES, 2009, p. 15).

² Os utilitaristas clássicos (final do século XVII) compreendem que o prazer – bem como a ausência de dor – é desejado por todos os indivíduos. Cada ser humano busca o seu próprio prazer. Os utilitaristas têm como base de sua teoria o princípio da utilidade, pelo qual o indivíduo, em suas ações, deve buscar aquilo que gere a máxima felicidade – prazer para o maior número de pessoas.

Bentham com sua visão utilitarista propõe uma reforma penitenciária capaz de minimizar os supícios e maximizar os resultados desses supícios. Quem nos explica esta lógica é Pompeu e Hungaro [S. d], a qual denominou de lógica do espetáculo:

Quando se vê uma pessoa sofrendo, quer queira ou não, se cria um grau de semelhança com ela, de empatia; sente-se um pouco aquela dor em si mesmo. Quantas pessoas não assistem e parecem que se vê na cena? Se se vê alguém sendo torturado, uma imagem e se diz “Ah, não posso mais ver essa cena” porque se imagina sofrendo aquilo que aquela pessoa sofre. Isso também é um pouco da tese de Bentham: que se sofre um pouco ao ver o sofrimento de outra pessoa. Imagine: se o sofrimento fosse visto se diria: “puxa, eu não queria estar no lugar desse camarada”, e por dizer isto (não querer estar no lugar desse camarada) se não cometeria nenhum crime. O exemplo do modelo utilitarista pressupõe o espetáculo. (POMPEU; HUNGARO, p. 5).

O regime penitenciário proposto por Bentham considerava: a separação dos presos por sexo, manutenção adequada de higiene e vestuários dos detidos, fornecimento de uma alimentação apropriada. Aplicação rigorosa do regime disciplinar. Para esta reforma prisional Bentham apresenta uma concepção arquitetônica, a qual denominou “Panopticon”, que consistia

[...] incorpora uma torre central a um edifício anular dividido em celas, sendo que cada cela estende-se ao longo de toda a espessura do edifício de modo a permitir a existência de janelas interiores e exteriores. Os ocupantes das celas (...) estavam, portanto, duplamente iluminados, separados uns dos outros por paredes e sujeitos a um escrutínio simultaneamente colectivo e individual feito por um observador a partir da torre, permanecendo este invisível. Com esse fim, Bentham concebeu não apenas janelas venezianas para a torre de observação, como também conexões de tipo labiríntico entre as salas da torre para evitar reflexos de luz ou barulho que pudessem denunciar a presença de um observador (BARTON; BARTON, 1993, p. 138. In: GONÇALVES, 2009, p. 16).

Este é o Panóptico que nas palavras do próprio Bentham, em carta escrita em 1787, a um amigo da Inglaterra:

O panóptico, ou a casa de inspeção, contendo a ideia de um novo princípio de construção, aplicável a qualquer sorte de estabelecimento no qual pessoas de qualquer tipo necessitem ser mantidas sob inspeção, em particular as casas penitenciárias, prisões, casas de indústria, casas de trabalho, casas para pobres, manufaturas, hospícios, lazarentos, hospitais e escolas (BENTHAM, 1787. In: POMPEU; HUNGARO, [S. d])

Por este desenho arquitetônico uma pessoa posicionada conseguia observar (opticon) todos os prisioneiros (pan) sem ser visto por eles. A ideia do panóptico foi utilizada nas prisões, nas fábricas e nas escolas, sendo objeto de análise de Michel Foucault, como um micro poder da sociedade como um todo.

1.5 Período Científico ou Criminológico

Alvarez (2002) e outros autores no campo da criminologia atribuem ao trabalho de Cesare Lombroso (1835-1909) a consolidação de uma abordagem científica do crime em oposição as doutrinas penais da Escola Clássica (século XVIII) com as ideias de Cesare Beccaria (1738-1794) e Jeremy Bentham (1748-1832). A diferença básica entre a Escola Clássica e a Escola Positiva de Lombroso está na forma de abordagem do crime. Uma define a ação criminal em termos legais enfatizando a liberdade individual e os efeitos dissuasórios da punição (Escola Clássica); a outra rejeita uma definição estritamente legal, ao destacar o determinismo em vez da responsabilidade individual, defendendo um tratamento científico do criminoso, com o objetivo de proteger a sociedade (Escola Positiva).

Em uma das suas obras Lombroso (2007) traça o modelo bioantropológico de delinquência a partir do pressuposto de que os comportamentos são biologicamente determinados. Esta foi a base de construção de sua teoria evolucionista, na qual os criminosos aparecem como tipos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem. Tais características podem ser identificadas a partir das análises de sinais anatômicos para identificação do “criminoso nato”, ou seja, dos indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime: zigomas salientes, habilidade nas duas mãos, cabelos abundantes, vaidade, preguiça, são as características do atavismo preconizado por Lombroso.

As ideias de Lombroso caíram em descrédito pela comprovação de que vários criminosos não possuíam as características do criminoso nato, outros que possuíam tais características nunca tiveram envolvimento com a justiça criminal.

Esta breve síntese acerca da ação do Direito Penal teve como objetivo evidenciar o fato de que à medida que a sociedade se transforma, o antigo conceito de vingança privada vai sendo transformado até chegar à concepção do Estado soberano como único titular do Poder Punitivo. Essa concepção atribui ao Direito Penal o objetivo de delimitar os bens jurídicos que serão objeto da tutela punitiva estatal. Assim, o direito penal não se destina a proteger todo e qualquer bem jurídico, mas tão somente os bens jurídicos mais caros à sociedade, sendo a sua atuação sempre residual a outros meios de resolução de conflitos sociais.

Por isso, o direito penal é também considerado a *ultima ratio* dentro do ordenamento jurídico. Convém que seja utilizado apenas quando as outras searas jurídicas (como o direito

civil, administrativo, trabalhista etc.) se mostrarem infrutíferas na coerção do comportamento antissocial que se visa combater.

Ocorrendo a violação a qualquer dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, surge para o Estado o poder-dever de punir. Poder, pois, conforme dito anteriormente, é seu o monopólio da força coercitiva; e dever, pois, a aplicação da sanção não está sujeita a sua análise de conveniência. Dessa concepção de poder-dever infere-se que, havendo a violação a uma norma penal, o Estado terá a obrigação de aplicar a sanção penal legalmente prevista ao indivíduo infrator, sendo-lhe vedado se omitir ante o cometimento de um crime.

Desta forma, a pena a ser aplicada pelo Estado não pode ser imposta ao indivíduo infrator de pronto. É necessário percorrer um caminho que se inicia com a provocação do poder judiciário e termina com a prolação de uma decisão condenatória ou absolutória.

Assim, há um meio para se alcançar a legítima aplicação da pena e este meio está embasado tanto no direito de ação do ofendido, previsto constitucionalmente, quanto nas garantias da ampla defesa e do contraditório, que devem ser asseguradas ao indivíduo confrontado por uma acusação penal. Esse caminho ou meio é chamado de ação penal.

Avena assim define a ação penal:

O crime é a conduta que lesa direitos individuais e sociais. Sendo assim, a sua prática gera ao Estado o poder-dever de punir. Como esta punição não pode ser arbitrária nem ocorrer à revelia das garantias individuais do indivíduo, é necessária a existência de uma fase prévia de apuração, assegurando-se ao possível responsável o direito de defesa, o contraditório e a produção de provas. Aqui, então, surge a ação penal, como ato inicial desse procedimento cognitivo, alicerçando-se no direito de postular ao Estado a aplicação de uma sanção em face da infringência a uma norma penal incriminadora (AVENA, 2020, p. 245).

No Brasil, o Código de Processo Penal subdivide a ação penal em duas modalidades: a ação penal pública e a ação penal privada. A diferença entre elas consiste primordialmente no fato de que os crimes que se processam mediante ação penal pública são crimes cujo bem jurídico tutelado diz respeito ao interesse de toda a coletividade, transcendendo a esfera de ofensa individual da vítima, enquanto os crimes que se processam mediante ação penal privada tutelam bens jurídicos cujo interesse é primordialmente privado, e o interesse da coletividade em geral é substancialmente reduzido.

Em razão dessa distinção, os princípios que regem cada uma das modalidades de ação penal são distintos e, por vezes, contrapostos. Ainda assim, existem características comuns a todas as modalidades de ação penal, dentre as quais podemos mencionar as condições da ação penal.

Avena destaca que, analogamente ao que ocorre no processo civil, a ação penal também se subordina a certas condições, sem as quais a inicial acusatória não poderá ser aceita pelo juízo competente. Assim, a procedibilidade de uma ação deve sujeitar-se aos seguintes requisitos: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade “*ad causam*” ativa e passiva.

Haverá possibilidade jurídica do pedido quando houver a imputação de um fato típico ao acusado. Esse requisito se satisfaz com a mera análise da tipicidade do fato, não se estendendo aos elementos de ilicitude ou culpabilidade. Assim, ainda que presentes quaisquer excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, a inicial acusatória terá cumprido o requisito de possibilidade jurídica do pedido quando o fato imputado for um fato típico.

Preenche-se o requisito do interesse de agir quando a imputação narrada na inicial acusatória for factível, ou seja, quando houver indícios de autoria e prova de materialidade.

Esse conjunto é também denominado de justa causa para a ação penal, e sua ausência viabiliza o trancamento da ação pelo remédio do *habeas corpus*, em face do constrangimento ilegal ao qual o indivíduo acusado está sendo submetido.

Quanto à legitimidade para a propositura da ação penal, deve-se levar em conta tanto a legitimidade ativa quanto a legitimidade passiva.

Assim, a inicial acusatória só poderá ser proposta pelo Ministério Público ou pelo ofendido, a depender da modalidade de ação penal em questão. Na ausência do ofendido, a sua legitimidade ativa poderá ser exercida pelo rol de pessoas previstas no artigo 31 do Código de Processo Penal, quais sejam: o cônjuge, os ascendentes, os descendentes e os irmãos.

A legitimidade passiva consiste na imputabilidade do acusado. Assim, só pode responder à ação penal aquele indivíduo que for maior de 18 anos, caso contrário estará sujeito ao regime diferenciado do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sendo essas as condições de procedibilidade de qualquer ação penal, seja ela, pública ou privada, mister se faz tratar das diferenças que permeiam essas duas modalidades de ação penal.

A ação penal pública incondicionada tem o Ministério Público como seu *dominus litis*. A ressalva a essa característica está na possibilidade de o ofendido ou seus representantes proporem ação penal privada subsidiária da pública nos casos em que houver inércia do *parquet*. Ela subdivide-se em condicionada e incondicionada, a medida em que dependa de uma representação da vítima como condição especial de procedibilidade.

Daí decorre que os crimes que se processam mediante ação penal pública condicionada, dependem da representação do ofendido ou da requisição do Ministro da Justiça. Essa necessidade de representação ou requisição se justifica pois, embora o crime ofenda primordialmente toda a coletividade, ele exerce significativa influência na esfera individual da vítima. Diante dessa concorrência entre interesses público e privado, a necessidade de consentimento da vítima nasce como forma de ponderação entre esses dois vieses do crime.

Já a ação penal pública incondicionada será movida pelo Ministério Público por meio da denúncia independentemente de qualquer manifestação favorável da vítima. Isso porque, os crimes que se processam mediante essa modalidade de ação penal atingem primordialmente o interesse da sociedade em geral.

A regra no ordenamento jurídico brasileiro é de que todos os crimes serão processados mediante a ação penal pública incondicionada, sendo que, os casos que excetuem essa regra dependem de previsão expressa nesse sentido.

Quanto à ação penal privada temos que essa será proposta pelo próprio ofendido ou, na sua ausência, por seu representante legal, em razão da prevalência do interesse particular na persecução do crime. Ela será deflagrada por meio da queixa-crime, instrumento movido pelo particular por meio de seu *causuístico*. O direito de queixa sujeita-se ao prazo decadencial de 6 meses, que só começa a fluir para os menores de 18 anos ao completar a maioridade, caso a ação não tenha sido proposta por seu representante legal.

Cada uma das modalidades de ação penal é regida por seus próprios princípios, que se justificam pela natureza do bem jurídico tutelado.

Assim, seguindo a doutrina de AVENA, temos que a ação penal pública é regida pelos princípios da obrigatoriedade, da indisponibilidade, da oficialidade e da divisibilidade, por resguardar interesses predominantemente públicos; enquanto a ação penal privada é regida pelos princípios da oportunidade, disponibilidade, indivisibilidade e intranscendência, por resguardar interesses predominantemente privados.

Pelo princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público não pode deixar de propor a ação penal pública quando houver indícios de autoria e prova de materialidade, bem como ausência de causas extintivas de punibilidade. Ante a presença de institutos que mitigam a obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico brasileiro, parte da doutrina considera que o princípio da obrigatoriedade é, na verdade, o que se denomina de princípio da obrigatoriedade mitigada ou da discricionariedade regrada.

Já o princípio da indisponibilidade estabelece que, tendo o Ministério Público ajuizado a ação penal pública, dela não poderá mais desistir, em que pese possa postular a absolvição do acusado.

O instituto do *sursis* processual, previsto na Lei nº 9.099/95, mitiga esse princípio, pois autoriza que o Ministério Público se abstenha do prosseguimento da denúncia quando o fato imputado for uma infração de pequeno ou médio potencial ofensivo (cuja pena mínima seja de até 1 ano) e o acusado aceitar cumprir os requisitos estabelecidos em acordo.

Quanto ao princípio da oficialidade, este define que a ação penal pública será deflagrada por iniciativa do Ministério Público e independerá de qualquer consentimento do ofendido.

O que tange ao princípio da divisibilidade, havendo mais de um autor no crime em persecução, é facultado ao órgão persecutório ajuizar a ação penal em face de apenas um ou alguns dos autores do crime, de modo a adiar a denúncia dos outros, por razões de interesse processual.

Em sentido contrário caminham os princípios que regem a ação penal privada, haja vista que os interesses tutelados por essa modalidade de ação penal são predominantemente particulares.

Pelo princípio da oportunidade, é dado ao titular da ação penal privada o arbítrio acerca da conveniência ou não em se deflagrar a persecução penal. Assim, se o ofendido ou seu

representante legal (quando for o caso) entender que o desgaste do processo será pior do que a impunidade, terá a liberdade de se manter inerte, não acionando o judiciário.

A mesma situação não se verifica nos crimes deflagrados pela ação penal pública em virtude do princípio da obrigatoriedade.

Quanto ao princípio da disponibilidade, é facultado àquele que propõe a queixa desistir de dar prosseguimento à ação, quer seja por meio do perdão, quer seja por meio da omissão em praticar os atos processuais, o que acarretará a perempção.

O princípio da indivisibilidade versa que, tendo o crime mais de um autor não é dado ao ofendido escolher contra quem proporá a queixa, devendo fazê-lo contra todos ou contra nenhum. A omissão proposital do ofendido em incluir qualquer coautor implicará em renúncia ao direito de ação contra os demais.

Embora as duas modalidades de ação penal possuam características distintas, é notório que ambas se destinam ao mesmo fim: alcançar a legítima aplicação da pena por meio da proteção das garantias individuais do acusado. Assim, destaca AVENA que a ação penal apresenta natureza híbrida pois conjuga aspectos de direito processual e de direito material penal. Embora represente um processo, é também instrumento do *jus puniendi* estatal, razão pela qual também possui natureza de direito penal.

2 ORIGEM DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Em se tratando de ação penal, existe uma notória discrepância entre as ações que são movidas pelo particular e aquelas que são movidas pelo Estado. As distinções são muitas, mas, para os fins deste trabalho consideraremos a seguinte como principal: a ação penal movida pelo Estado reveste-se do princípio da obrigatoriedade³, enquanto a ação movida pelo particular reveste-se do princípio da oportunidade. Isso significa que, em regra, o Estado não possui discricionariedade persecutória ante à ocorrência de um fato criminoso, ao contrário do particular, que tem a opção de recorrer ou não ao judiciário quando houver sido lesado por um injusto penal.

Nucci assim descreve o princípio da obrigatoriedade da ação penal:

Significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia. (NUCCI, 2008, p. 47-48).

A existência do princípio da obrigatoriedade da ação penal (ou legalidade processual) somente se justifica quando aplicada em face do Estado, pois não convém impor ao particular que este deflagre a persecução de crimes que se limitam à sua esfera de interesse. Por essa razão, o nascimento da obrigatoriedade da ação penal está atrelado com a publicização da persecução penal, ou seja, tal princípio só veio a existir quando o Estado passou a titularizar a persecução dos crimes, conforme será demonstrado mais adiante. Como explica Cabral (2020):

(...) estabelecer-se a obrigatoriedade da ação penal para o particular constitui uma opção muito pouco inteligente. Se o Estado tem interesse que sejam perseguidos determinados delitos (razão do princípio da oficialidade), em vez de ter que fiscalizar se o particular está cumprindo ou não esse dever de propor as ações penais, muito mais fácil e lógico assumir, o próprio Estado, essa atividade de acusar. (CABRAL, 2020, p. 22)

Historicamente, evidencia-se que nem sempre o Estado foi o titular da pretensão punitiva, sendo essa uma das razões pelas quais nem sempre se vislumbrou a obrigatoriedade nas ações penais. Isto porque antes do surgimento das primeiras civilizações, a justiça penal era

³ Pelo Princípio da Obrigatoriedade da ação penal pública, o Ministério Público está obrigado a oferecer a ação penal tão só tenha ele notícia do crime e não existam obstáculos que o impeça de atuar. Cabe ao Ministério público o dever de promover a ação penal. Este princípio funda-se na ideia latina *nec delicta maneant impunita* (nenhum crime deve ficar impune). (FELÍCIO, 2011).

exercida pelos particulares por meio da autotutela, ou seja, o mais forte impunha seus interesses sobre o mais fraco, sem qualquer intervenção estatal. Essa foi a fase conhecida por vingança privada, na qual a retribuição, por vezes, excedia o mal causado, conforme já tratado no capítulo 1.

À medida que as civilizações foram surgindo, surgiram também leis para regular o convívio em sociedade. Nesse momento, viu-se um predomínio de Leis retributivas, que estabeleciam um parâmetro para que a vingança pudesse ser considerada “justa”. Essas leis adotavam o que ficou conhecido como paradigma do talião (resposta na mesma medida do dano provocado), e como exemplo podem ser destacadas as legislações dos Sumérios, a Lei de Moisés e o Código de Hamurabi. No entanto, a titularidade da persecução permanecia nas mãos do particular atingido pelo delito, de modo que a ele cabia o juízo de conveniência para se deflagrar a persecução penal.

Observa-se que Roma e Grécia antiga elaboraram sistemas de justiça mais complexos que aqueles conhecidos por outras civilizações. Podemos destacar em Atenas “a participação direta dos cidadãos na tarefa de acusar e julgar, existindo um modelo oral, público e contraditório” (CABRAL, 2020, p. 22). Já em Roma, “é possível identificar três concepções distintas de processo penal, que foram configuradas de acordo com as respectivas etapas políticas daquela época: monarquia, república e império” (CABRAL, 2020, p. 22). Destaca-se, porém, que em nenhuma dessas fases a ação penal revestiu-se de obrigatoriedade, sendo, até esse momento, tal princípio desconhecido pelos ordenamentos jurídicos vigentes.

A mudança nesse cenário teve início com o surgimento do sistema inquisitivo na Alta Idade Média. Nesse momento, por influência do Direito Canônico na legislação laica, alterou-se a percepção do crime como um ato de ofensa particular, passando-se a vê-lo como uma ofensa à Deus e ao príncipe. Como destaca (CABRAL, 2020, p. 22):

No sistema continental as questões criminais passaram a ser consideradas como algo que transcendia o interesse meramente provado do ofendido”. A partir de então, a persecução do crime passa a ser titularizada pelo Estado e operacionalizada pela Igreja, de modo que o processo penal se tornou publicizado.

Nesta mesma linha, Cabral destaca ainda que:

Inicia-se, portanto, um relevante movimento de publicização da persecução penal. De tal maneira, nos delitos em que Deus ou o Príncipe eram os ofendidos, a acusação passou a ser pública e obrigatória, constituindo, assim,

a semente fundamental do princípio da obrigatoriedade da ação penal, como conhecemos hoje. (CABRAL, 2020, p. 25).

Em que pese tenham sido o processo inquisitivo e o Direito Canônico o início de uma mentalidade publicista da ação penal, o princípio da obrigatoriedade (ou da legalidade processual) somente se consolida no período da Revolução Francesa, sendo influenciado pelos ideais iluministas. Assim destaca o autor: “Apesar dessa forte publicização do processo penal da fase da Inquisição, é certo que o princípio da obrigatoriedade da ação penal não era inerente ao sistema Inquisitório”. (CABRAL, 2020, p. 27).

Nesse período, as revoltas populares contra o absolutismo do rei fizeram com que o povo questionasse tanto o poder executivo, quanto o poder judiciário, atribuindo ao legislativo o papel de limitar a sua atuação, que por séculos havia extrapolado a vontade popular.

Durante todo esse tempo, permaneceu muito forte a ideia de que o Poder Executivo e Judiciário deveriam estar vinculados à Lei. De acordo com essa ideia, preconizada principalmente por Rousseau, a Lei constituía expressão da vontade geral, devendo, portanto, os demais Poderes estar imprescindivelmente submetidos a ela, com o fim de evitar-se as arbitrariedades do *Ancien Régime*. (CABRAL, 2020, p. 29).

Assim, de acordo com os ideários iluministas, a lei seria a expressão da vontade coletiva, à qual tanto os poderes executivos quanto os poderes judiciários estariam irremediavelmente subordinados. Essa ideia foi preconizada por Rousseau, que acreditava que o princípio da legalidade “amarrava as mãos” do judiciário contra as arbitrariedades do antigo regime.

O legalismo expressado pelos pensadores da época, se justificava pela absoluta desconfiança que havia no povo em razão dos abusos cometidos no Regime Antigo, bem como da submissão do juiz ao rei. Nesse sentido, afirma Bovino: “o Poder judiciário é a longa manus do monarca que a revolução cidadã de 1789 pretendeu amputar”. (CABRAL, 2020, p. 29).

Esse cenário de revoluções foi o nascedouro do princípio da legalidade processual, e teve como um dos seus percussores o filósofo Kant. Para esse filósofo, a legalidade defendida na revolução como forma de controle e manifestação da vontade popular se estendia à esfera processual penal. Dessa forma, a aplicação da pena ante o cometimento de um crime é obrigatória, como afirma Cabral (2020, p. 30): “na sua obra *Rechtslehre*, de 1797/1798, além de outros argumentos, apresenta um importante silogismo, que leva a uma ideia de que, sempre que ocorresse um delito, seria imperativa a aplicação da pena”.

Outro importante precursor do legalismo processual foi Feuerbach⁴, para ele:

Existem dois fundamentos para o que hoje chamamos de princípio da legalidade processual: 1) o primeiro decorre da necessidade de vincular-se sempre o criminoso à pena, pois, “ninguém que se compromete com a ilicitude do fato, sem se submeter ao mal a ela conectado”; e 2) o segundo consiste na ideia de que a ameaça de pena, por si só, não se basta, pois deve existir, no caso da prática de um delito, uma necessidade legal absoluta de punição. (CABRAL, 2020, p. 31)

Dessa forma, a tendência nesse momento histórico é encarar a lei penal como um imperativo categórico. Assim, preenchidos os pressupostos fáticos, o juiz estaria obrigado a aplicar a punição. Conforme destaca Cabral: “a ideia da imprescindibilidade de se aplicar uma pena, quando alguém comete um delito, acaba reverberando na concepção de que a instauração de um processo penal, também, constituía um imperativo categórico decorrente da prática de um delito”. (CABRAL, 2020, p.31).

Da análise histórica do surgimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal, segundo Cabral (2020, p. 32-33), é possível se chegar a três conclusões:

A primeira conclusão é a seguinte: “o princípio da legalidade processual penal (...) teve sua origem primordial no ideário iluminista e servia como uma espécie de remédio contra os abusos, arbítrios e perseguições que ocorriam no Ancien Régime”.

A segunda conclusão é a de que a publicização do processo penal coloca o Estado como superior ao indivíduo, e, por isso, dificulta “o desenvolvimento de soluções consensuais nos sistemas de origem continental”. Isso porque, o acusado é visto como inferior ao Estado, e, portanto, incapaz de negociar com ele.

A última conclusão à que chega o autor é a de que “o princípio da legalidade processual é marcado fortemente por uma concepção absoluta da pena, atualmente incompatível com os desenvolvimentos teóricos mais avançados do direito penal”.

Para o autor, portanto, o princípio da legalidade processual está intimamente relacionado, no âmbito penal, como a concepção absoluta da pena, pois era dessa forma que os pensadores da época concebiam a penalização do indivíduo, como, por exemplo, Kant, um dos percussores do princípio da legalidade processual é também um dos mais famosos defensores

⁴ Ludwig Andreas Feuerbach filósofo alemão conhecido pelo estudo da teologia humanista.

das denominadas teorias absolutas da pena. Para ele, a única finalidade da aplicação de uma pena é a retribuição e a justiça.

Segundo Roxin (2000):

É conhecido o trecho de Kant que demonstra bem sua concepção absoluta de pena. No texto ele defende que, se alguém matou outra pessoa, “mesmo que a sociedade civil se dissolvesse com o consentimento de todos os seus membros (...), o último assassino no cárcere teria de ser executado, de modo que cada um recebesse o que merecem seus atos e a culpa sangrenta não recaísse sobre o povo, que não fez por merecer essa punição, mas poderia ser considerado cúmplice nessa violação pública da justiça. (KANT; ROXIN, 2000)

É importante destacar que a teoria absoluta da pena considera que a única função da pena imposta é retribuir o mal que foi causado pelo indivíduo. Esse pensamento leva em conta que o ser humano é capaz de se motivar pela norma e possui liberdade de escolha. Assim, considera-se que a violação do pacto social impõe uma resposta punitiva do Estado, como destacado por Kant no trecho acima colacionado. Essa teoria possui paralelo com o paradigma do talião, apenas considerando que o Estado assume o papel da retribuição.

Ocorre que essa concepção de pena adotada no período iluminista foi repensada ao longo dos anos pois, com o surgimento das penas privativas de liberdade, surgiram também teorias que buscaram justificar a sua aplicação como forma de legitimação do poder punitivo estatal. Assim, surgiram duas vertentes de pensamento acerca da função da pena: a teoria absoluta e a teoria relativa.

A teoria absoluta, conforme já explanado, limita-se à retribuição do mal, enquanto a teoria relativa considera que a pena deve possuir outras funções. Essa teoria considera então que a pena deve ter a função de prevenir o cometimento do crime, seja com relação a sociedade, seja com relação ao indivíduo sobre o qual é aplicada.

Mesclando essas duas teorias, surgiu a teoria mista ou unificadora, que considera que a pena agrega tanto as funções punitiva e retributiva quanto a função preventiva. Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro adota essa teoria, de acordo com o esposado pelo art. 59 do Diploma Penal:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, 1940).

Por essa razão, entende-se que as modernas concepções da função da pena repudiam a ideia de que a sanção penal se presta à mera retribuição de um ato ilícito, e dessa forma, o legalismo processual e a obrigatoriedade da ação penal estão em desacordo com os objetivos que regem o atual direito penal brasileiro.

Conforme destaca Cabral (2020, p. 34) “o fato inegável é que o princípio da obrigatoriedade da ação penal assenta-se em uma concepção absoluta da pena, que hoje encontra-se amplamente superada”, o que demonstra que a aplicação irrestrita desse princípio se encontra em desarmonia com o restante do ordenamento jurídico, principalmente no que concerne à concepção brasileira de função da pena.

Por essa razão, a adoção irracional do princípio da obrigatoriedade da ação penal de forma a limitar a adoção de modelos negociais de resolução de conflitos, precisa urgentemente ser repensada e encarada sob uma nova perspectiva. Nesse sentido, Binder destaca:

Pode-se perfeitamente refletir entorno do princípio da seleção de casos (oportunidade) sem nenhuma referência ao princípio da legalidade (política que exclui a seleção). Não são opostos ou melhor dito, sua consideração como opostos – e a oportunidade regrada como síntese – é apenas, e não especificamente a mais produtiva forma de analisar o tema. A seleção de casos dá-se em duas dimensões. Em primeiro lugar, existe uma dimensão vinculada à política criminal e, em segundo lugar, outra dimensão relativa à justiça penal, concebida como uma organização com recursos limitados.

Nesse mesmo sentido, afirma Cabral (2020, p. 37): “a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentam o princípio da legalidade processual”.

A ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. Assim, tal interpretação deixa claro que o Ministério Público não pode perseguir arbitrariamente alguns, nem conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas.

Alencar (2016) afirma que o formalismo adotado no Brasil por causa desse princípio é prejudicial para justiça penal brasileira, pois leva o promotor à obrigação de processar toda e qualquer infração penal que se lhe apresente, fazendo com que a política criminal seja pouco eficaz.

Isto posto, o nosso sistema não pode ser formalista, robotizando o promotor e fazendo-o denunciar todas as pessoas que em tese tenham cometido um crime, pois é inegável que a atividade do Ministério Público está sim sujeita ao exame de diversos fatores para o seu exercício, bem como que o promotor, como agente político, precisa valorar todos os interesses em um dado conflito (gasto estatal com o processo, repercussão social da conduta criminosa, insignificância do delito, desnecessidade de aplicação de pena privativa de liberdade para repressão do fato etc.). (ALENCAR, 2016, p. 37).

Para o autor, a discricionariedade do promotor em nada se assemelha ao arbítrio, mas a uma liberdade de escolha da política criminal a ser adotada pelo órgão persecutório. Na sua visão: “Outrossim, também ficou reconhecido que a discricionariedade não se contrapõe ao sistema acusatório, pois a outorga de competência para escolha sobre a promoção ou não da ação penal em nada se choca com a divisão de funções no processo, o ônus da prova acusatória e a presunção de inocência”.

Semelhantemente, para Antônio Henrique Graciano Suxberger (2017), o princípio da obrigatoriedade da ação penal está relacionado com as origens inquisitivas do nosso Diploma Processual Penal, muito influenciado pelo fascismo italiano, como se extrai de sua exposição de motivos. O autor questiona assim, o fato de muitos verem-no como um postulado democrático e associado ao sistema acusatório, considerando tal crença como um equívoco doutrinário.

Além disso, afirma que é ficcional a ideia de que o princípio da obrigatoriedade assegura que todos os crimes cometidos sejam de fato investigados e punidos. Isso porque, o sistema de justiça brasileiro não tem condições de arcar com a demanda judiciária.

Para Suxberger (2017) a obrigatoriedade da ação penal está mais relacionada com nossa cultura jurídico-penal do que propriamente com uma norma cogente, afirmando que tal princípio não encontra embasamento legal e por isso se trata de um dogma e não de uma norma.

Dessa forma, parte da doutrina entende possível e recomendável a conciliação pacífica entre a obrigatoriedade da ação penal e a adoção da justiça penal negocial. Essa conciliação seria possível a partir do momento em que se adotasse um novo princípio: o princípio da oportunidade na ação penal. Esse novo modelo tende a trazer resoluções mais promissoras na resolução dos conflitos penais.

Isso porque a adoção do princípio da oportunidade na deflagração da ação penal tende a efetivar a justiça e a equidade na medida em que, nesse processo de seleção, as causas menos

graves recebem respostas mais brandas enquanto as causas mais graves são se tornam o foco efetivo da justiça penal, recebendo a devida retribuição, conforme destaca Nucci:

Princípio da oportunidade encontra-se fundado em razões de igualdade, pois corrige as desigualdades do processo de seleção; em razões de eficácia, dado que permite excluir causas carentes de importância, que impedem que o sistema penal se ocupe de assuntos mais graves; em razões derivadas da atual concepção de pena, já que o princípio da legalidade entendido em sentido estrito (excludente da oportunidade), somente conjuga uma teoria retributivista da pena (NUCCI, 2016, p. 38).

Além do mais, a adoção desse novo princípio – da oportunidade – consolida o princípio da *ultima ratio* do direito penal, bem como torna mais célere todo o sistema de justiça, visto que proporciona a redução de processos, de modo que reduz a impunidade.

O princípio da oportunidade então autoriza que o órgão persecutório opte pelo não oferecimento da acusação com fundamento em critérios utilitários, político-criminais, econômicos, como destaca Vasconcellos (2014, p. 24).

Campos (2008) destaca também que é necessário se efetivar um ajuste entre os modelos garantistas e eficientistas, buscando alcançar um meio termo entre eles. Assim, deve-se buscar um modelo que garanta maior eficiência no âmbito penal, sem, contudo, suprimir garantias do acusado. O autor tem como um dos pressupostos de sua teoria que a ideia de que o processo penal também deve se prestar a alcançar os objetivos da política criminal penal, pois: “Embora seja dever do Estado de Direito garantir os direitos dos cidadãos, também lhe incumbe a missão de promover o bem da coletividade”. Assim, devem ser bem delimitados espaços de consenso e espaços conflitivos.

Nessa mesma linha de pensamento, Molina; Campos afirmam:

Os “espaços de consenso” estão voltados à ressocialização do condenado e podem admitir, para respeitar o princípio da autonomia da vontade, o uso voluntariamente limitado de certos direitos e garantias fundamentais, tais como o da presunção de inocência, o da ampla defesa e o do contraditório. Já os “espaços de conflito” estão marcados pelo antagonismo e exigiriam o respeito a todos os direitos e garantias constitucionais (MOLINA; GOMES, 2008, p. 508).

Nesse mesmo sentido temos Gomes Filho e Suxberger, que defendem a ideia de Roxin de que o direito penal deve ser guiado pelas finalidades político-criminais. Os autores acreditam que, à medida que o direito penal se expande para abarcar mais bens jurídicos, as soluções consensuais também devem prevalecer.

Campos (2011) associa a inserção de mecanismos de justiça penal negocial como uma opção criminológica à teoria do *labeling approach*, de modo que evitaria o efeito estigmatizante do sistema formal de justiça penal.

Nestes termos, concordamos com Cunha (2019) que identifica na introdução do modelo de Justiça consensual, que a resposta para o crime tem sofrido o influxo de novas ideias, voltadas para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora).

3 MECANISMOS BRASILEIROS QUE MITIGAM O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Podemos entender pelo que foi discutido, até o momento, que o princípio da obrigatoriedade da ação penal desde as suas origens até a sua introdução no sistema jurídico brasileiro, tem sido visto como um elemento dificultador para a inserção de mecanismos de justiça penal negocial no ordenamento jurídico brasileiro. Na nossa concepção, isto acontece pelo fato de que o princípio da obrigatoriedade da ação penal destoa da moderna concepção de que o direito penal e a aplicação da pena devem não apenas visar a retribuição do infrator, mas também prevenir o cometimento de novos delitos e ressocializar a pessoa do delinquente, sempre buscando mecanismos que visem à sua reintegração à sociedade. Isso porque, a obrigatoriedade da ação penal e a teoria absoluta da pena estão interligadas, de modo que, em sua gênese, tal princípio não considera as demais funções da pena, mas tão somente a função retributiva.

Assim, muito influenciado pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, a evolução da justiça penal negocial no Brasil vem ocorrendo de forma muito tímida, começando pela criação da Lei dos Juizados Especiais, em 1995, na qual se previu a possibilidade de oferecimento da transação penal, evoluindo até a criação do art. 28-A do Código de Processo Penal, em 2019, que, por meio do Pacote Anticrime, instituiu o Acordo de Não Persecução Penal.

Importante frisar que a abertura do Brasil para essa forma de resolução de conflitos ocorre sob a influência do Direito Internacional, haja vista que a Assembleia Geral das Nações Unidas, no ano de 1990, firmou o que ficou conhecido como Regras de Tóquio, na qual se destaca a necessidade de implementação de medidas alternativas ao processo penal, antes de deflagrada a persecução em juízo, como destaca Cabral (p. 42).

Segundo Cabral [S. d], no Brasil, por ser o Ministério Público o titular da ação penal pública, a “única solução viável para o acolhimento da referida resolução da ONU, era (e é) a adoção de critérios de oportunidade pelo MP, com a possibilidade de abrir-se mão da ação penal, mediante cumprimento de obrigação de natureza não privativa de liberdade”. (p. 43). Como disposto no item 5.1. da referida Resolução:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem

retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado. Resolução nº 183/18 – CNMP.

Em que pese a referida resolução não tenha força vinculante, pois consista em *soft law*⁵, o fato de ter aderido a ela, impõe ao Brasil uma certa obrigatoriedade, já que se torna signatário de um acordo. Como bem observa Gomes Filho e Suxberger (2016) essa tendência internacional a adoção de formas alternativas ao processo penal para a resolução de conflitos é uma consequência da crescente e irreversível expansão do direito penal. Nas palavras dos autores: “O direito penal tem ampliado seu objeto de tutela de modo significativo ao longo do século XX e também no século atual”. (GOMES FILHO; SUXBERGER, 2016, p. 378)

Esta expansão decorre da concepção iluminista de que somente o direito penal legitima o Poder Punitivo estatal em um Estado de direito. Por essa razão, à medida que a sociedade se desenvolve e se globaliza, aumenta-se o rol de bens jurídicos a serem tutelados pelo direito penal.

A consequência natural da expansão do direito penal é o aumento da demanda judiciária, de modo que a carga de trabalho torna inviável que todos os feitos recebam a resposta após passarem pelos trâmites corriqueiros do processo penal. Com base nisso, Gomes Filho e Suxberger (2016) defendem que a tendência internacional é a buscar a funcionalização do direito penal, de modo a tornar mais eficaz a proteção dos bens jurídicos por ele tutelados. Essa funcionalização leva em conta que o processo penal se presta a alcançar os fins da política-criminal, não sendo apenas um meio para a legítima aplicação da pena.

Dito isso, tratemos agora dos mecanismos em espécie.

⁵ *Soft Law*, no âmbito do direito internacional é uma espécie de norma, entre as muitas lançadas pelas entidades internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e suas agências ou as organizações regulatórias, como a Câmara Internacional do Comércio (CIC) com caráter de flexibilidade e dependência de governança. (PIMENTA, 2018)

3.1 Transação Penal

Com base nos pressupostos tratados anteriormente, surge a primeira tentativa brasileira de mitigação da obrigatoriedade da ação penal por meio da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), no ano de 1995, que instituiu possibilidade de oferecimento da transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima em abstrato não exceda 2 anos.

Gomes (2021, p. 577) destaca que essa lei foi criada com o objetivo de propor uma solução alternativa à jurisdição de conflito (que até então era a única modalidade de resolução de conflitos oferecida pelo ordenamento): a jurisdição consensual. Com isso visa a superação da resposta precípua que a jurisdição de conflito oferece: a privação de liberdade. Assim, sua criação aponta também uma tendência à despenalização das infrações de menor potencial ofensivo. Nas palavras do autor: “atendendo ao preceito constitucional, a Lei nº 9.099 entrou em vigor no dia 26 de novembro de 1995, instaurando uma nova espécie de jurisdição no processo penal: a jurisdição consensual”.

Até o advento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, a única forma de aplicação do direito penal objetivo era através de uma jurisdição de conflito, que demanda a instauração de um processo contencioso, colocando de lado opostos acusação e defesa, cujo objetivo precípua é, em regra, a imposição de uma pena privativa de liberdade. Por isso, segundo Gomes (2021, p. 577):

(...) princípios tradicionais da ultrapassada jurisdição conflitiva, como os da inderrogabilidade do processo e da pena (não há pena sem processo), da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, são colocados em segundo plano, dando lugar a um novo paradigma processual penal, que põe em destaque a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade regrada e a busca do consenso.

O que possibilitou a criação dos Juizados Especiais Criminais, concomitantemente com a previsão do acordo da transação penal e outros institutos despenalizadores foi a previsão constitucional constante do art. 98, inciso I, da Carta Magna, *ipsis literis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Por definição, a transação penal nada mais é do que um acordo pré-processual, por meio do qual, o órgão acusatório propõe a aplicação imediata de uma pena – de multa ou restritiva de direito, mas jamais privativa de liberdade – ao acusado, de modo a evitar a instauração do processo penal. Ela é assim definida por Gomes (2021, p. 603) “a transação penal consiste em um acordo celebrado entre o Ministério Público (...) e o autor do fato delituoso, por meio do qual é proposta aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, evitando-se, assim, a instauração do processo”.

Essa medida não importa em assunção de culpa por parte do seu beneficiário, e nem tampouco gera qualquer efeito de reincidência. A sua única consequência póstuma é a vedação a que seja novamente utilizada pela mesma pessoa no prazo de 5 anos, contados da sua celebração, como indica o art. 76, § 2º, II, da Lei nº 9.099/95.

Por ser uma espécie de acordo, a transação penal prestigia a autonomia das vontades. Assim, o suspeito terá a faculdade de aceitá-lo ou não, sempre orientado por um advogado ou defensor. Porém, diferentemente dos negócios civis, tal acordo não é regulado tão somente pela vontade das partes, mas tem na figura do magistrado um fiscal de suas condições, principalmente na validação à existência ou não de justa-causa para a propositura do acordo, conforme indica o art. 76, § 3º da Lei nº 9.099/95. Assim, a proposta somente será viável quando existirem elementos que indiquem possibilidade de uma ação penal, quais sejam: materialidade dos fatos e indícios de autoria.

Por obvio, a propositura da transação penal está subordinada ou preenchimento de certos requisitos, que se encontram listados no art. 76 da lei em análise. Assim, só poderá ser proposta caso estejam presentes indícios mínimos de autoria e materialidade (art. 76, *caput*), como explanado no parágrafo anterior. Além disso, deve-se tratar de infração de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapasse 2 anos. Também é vedado que o agente haja sido beneficiado, nos últimos 5 anos, pela transação penal (art. 76, § 2º, II). Soma-se a isso o fato de que o agente não pode ter sido condenado pela prática de crime à pena privativa de liberdade, levando-se em conta para tanto a condenação definitiva por meio de sentença transitada em julgado (art. 76, § 2º, III).

Preenchidos tais requisito, a formulação da proposta de transação penal será elaborada pelo titular da ação penal, que, no caso das ações penais públicas, é o Ministério Público. Ela pode ser oferecida oralmente ou por escrito. Ato contínuo, a proposta será submetida à

apreciação do autor e de seu defensor, os quais podem ou não aceitar. Caso seja aceita pelas partes, a proposta será apreciada pelo juiz competente, que pode ou não homologar o acordo, no caso de haver alguma ilegalidade.

Como efeitos da homologação judicial da transação penal, Gomes (2021, p. 607) destaca:

Essa decisão que homologa a transação penal não gera reincidência, reconhecimento de culpabilidade, nem tampouco efeitos civis ou administrativos, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 anos. (...) Além de impedir novo benefício de transação penal no prazo de 5 anos, também terá o condão de obstar a celebração de acordo de não persecução penal.

A sentença que homologa a transação penal, portanto, não faz qualquer juízo, sobre a Responsabilidade criminal do aceitante⁶, tampouco importa em assunção de culpa por parte desse.

Caso o autor do fato venha a recusar a celebração do acordo, a única consequência será o prosseguimento do feito, com o oferecimento da peça acusatória pelo membro do Ministério Público, seguindo os trâmites processuais comuns.

O descumprimento injustificado, porém, da transação penal, tem o condão de gerar o retorno do processo ao estado anterior, oportunizando ao Ministério Público a propositura da ação penal de acordo com Gomes (2021, p. 611) esse é o entendimento consolidado do STJ, e posteriormente fixado pelo STF por meio da Súmula Vinculante nº 35.

Ante o exposto, é possível supor que a mitigação da obrigatoriedade da ação penal por meio da previsão legislativa da transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, abre espaço para que novas soluções negociais sejam pensadas para aplicar-se no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, 17 anos após a edição da Lei 9.099, o legislador tipifica, por meio da Lei 12.850, o acordo de colaboração premiada, o qual será tratado no tópico seguinte.

6 Quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo. Recurso Extraordinário nº 795567, Relator Ministro Teori Zavascki, em 09/09/2015.

3.2 Acordo de Colaboração Premiada

Os acordos de colaboração premiada já vinham sendo utilizados para fins de obtenção de provas antes do advento da Lei 12.850, porém, até então, não encontravam previsão legislativa. Gomes (2021) destaca que:

O procedimento adotado para pactuação e implementação desse acordo fora construído a partir do direito comparado, de regras do direito internacional (art. 26 da Convenção de Palermo e art. 37 da Convenção de Mérida) e da aplicação analógica de institutos similares como a transação penal e a suspensão condicional do processo, o acordo de leniência previsto na Lei nº 12.529/11 e o termo de compromisso previsto no art. 60 da Lei nº 12.651/12 (Código Florestal). (GOMES, 2021, p. 821).

Surge então, por expressa previsão da Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850), no ano de 2012, a figura do acordo de colaboração premiada, que, tendo como um dos seus benefícios a possibilidade de renúncia ao direito de denúncia por parte do Ministério Público, pode assim vir a mitigar a obrigatoriedade da ação penal.

Esse mecanismo de negócio processual se distingue da transação penal em muitos aspectos, sendo o mais relevante deles a sua função. Explica-se: enquanto a transação penal possui uma função precipuamente despenalizadora, o acordo de colaboração premiada intenta, sobretudo, a obtenção de meios de prova que auxiliem no combate da criminalidade organizada.

Assim, conforme destacado por Gomes (2021, p. 792) a colaboração premiada é um sistema de origens remotas, já encontrada no direito anglo-saxão. A sua natureza jurídica é de, como afirma Gomes:

Uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal. (GOMES, 2021, p. 792)

Para que o negócio da colaboração ocorra, o colaborador deve oferecer informações investigativas à polícia e ao Ministério Público, bem como cumprir diversos outros requisitos, como o sigilo e o oferecimento de provas. A celebração de acordos de colaboração premiada é uma faculdade do Ministério Público, de acordo com os interesses da investigação. Assim, não há que se falar em direito subjetivo do acusado à celebração do acordo.

Diante dessa breve explanação acerca do acordo de colaboração premiada, mister se faz destacar a existência de duas modalidades de negócios penais: uma modalidade colaborativa, cujo objetivo precípua é a obtenção de informações e provas por meio do auxílio do aceitante; outra modalidade negocial, cujo principal objetivo é reduzir a demanda de trabalho no judiciário, e, por vezes, a promover a despenalização.

3.3 Plea Bargain

Misturando essas duas modalidades de negócio penal, temos um mecanismo cujas origens remontam ao direito anglo-saxão, utilizada primordialmente em países do sistema da *common law*⁷. Trata-se do chamado *plea bargain*⁸. Esse mecanismo é utilizado em países cujo Órgão Acusador possui discricionariedade plena, o que não ocorre no Brasil, em que se considera que o Ministério Público é dotado de discricionariedade regrada. Por essa razão também, Queiroz Campos (2012) considera esse sistema incompatível com o ordenamento brasileiro.

Todos os mecanismos de negócio processual penal já citados até aqui e o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) são por vezes confundidos como uma espécie de manifestação do mecanismo de origem do direito anglo-saxão conhecido como *plea bargain*, como esclarece Cabral (2020, p. 70). O *plea bargain* é o mecanismo de negócio penal mais conhecido mundialmente e certamente possui influência na criação de diversos mecanismos brasileiros, mas não foi adotado no Brasil.

Cabral (2020) assim define o instituto do *plea bargain*:

O *plea bargain* nos Estados Unidos consiste basicamente em um mecanismo procedimental, em que o Ministério Público e o acusado podem chegar a um acordo, em que o suspeito abre mão de um processo penal *full trial*, em troca

7 O sistema Common law não possui sua base em normas codificadas, mas sim em costumes e precedentes, isto é, não há um diploma legal ou um código que regulamenta as normas a serem aplicadas em casos concretos, mas sim, jurisprudências que são utilizadas como referências para o julgamento pelo judiciário de determinado caso. Tal sistema é baseado no direito costumeiro e na continuidade. Geralmente utilizado como base para a resolução de determinado caso sentenças judiciais e julgados anteriores. Dentro do sistema Common Law, as disputas se resolvem por meio da apresentação de argumentos e provas. Ver Resumo de Civil Law e Common Law - Direito Legal

8 Para Queirós Campos (2012) o *Plea Bargaining* é um instituto processual penal que se originou nos Estados Unidos da América em meados do século XIX. O referido mecanismo processual é definido por um conjunto de duas palavras, a primeira delas é *Plea* que significa declaração e a segunda é *Bargain* ou *Bargaining*, que significa barganha, negócio. No *Plea Bargaining* há uma declaração que resulta em barganha, uma negociação ou acordo.

de algum tratamento mais benéfico. Essa avença deve, normalmente, contar com a aprovação de um juiz. (CABRAL, 2020, p. 70)

O acordo pode ser firmado antes ou depois do oferecimento da acusação, e existe uma possibilidade de negociação mais ampla. Assim, é possível ao órgão acusatório propor: a não formalização da acusação; a assunção da culpa pelo acusado (*plea guilty*) em troca de redução da acusação, não inclusão de novos fatos penais, retirada de outras acusações ou de concessões na sentença.

É possível também que o acusado conceda benefícios à acusação. Dentre eles podemos citar: cooperação com o governo em outras investigações; testemunhar em favor da promotoria contra outros corréus; comprometer-se a frequentar programas de reabilitação; repara o dano; afastar-se da vítima; não praticar novos fatos delitivos; participar de resoluções alternativas de conflito. Nesse caso, encontramos certas semelhanças com os acordos de colaboração premiada no Brasil, razão pela qual muitas vezes existe confusão entre esses dois institutos.

Ao contrário do que ocorre no âmbito brasileiro, no *plea bargain* americano é possível a imposição de pena privativa de liberdade por meio do acordo. Porém, no Brasil, um dos pilares da justiça penal negociada é que os acordos celebrados sejam substitutivos à pena de prisão. Por isso, no sistema jurídico brasileiro não é possível que o suspeito seja submetido a uma pena privativa de liberdade sem que haja o devido processo legal. Além do mais, importante destacar que o acordo de *plea bargain* gera uma condenação definitiva, ao contrário do que ocorre no âmbito penal brasileiro.

Aliás, no Brasil, as obrigações firmadas em sede de acordos penais não são consideradas penas, mas obrigações, por ausência de coercibilidade, como será explicado nos próximos capítulos.

Outra distinção que podemos citar é que, no Brasil, os acordos penais se destinam tão somente à resolução de casos de pequena (por meio da transação penal, e em alguns casos do ANPP) e média ofensividade (por meio do ANPP), enquanto o *plea bargain* se destina à qualquer caso, inclusive àqueles de elevada gravidade.

O que é possível observar é que o instituto do *plea bargain* não é e nunca foi aplicado no Brasil, porém a sua influência sobre mecanismos negociais brasileiros é inegável, principalmente em se tratando do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Passamos agora a tratar do Acordo de Não Persecução Penal.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Acordo de Não Persecução Penal - ANPP foi legalmente constituído pelo Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019, por meio da inclusão no Código de Processo Penal (CPP) do art. 28-A. Segundo o qual “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal”.

Porém, não é possível dizer que o ANPP tenha sido uma novidade instituída pela referida lei, pois esse já vinha sendo implementado na persecução criminal brasileira desde a edição da Resolução nº 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Sabe-se que uma inovação processual tão relevante como a inclusão de um acordo penal no âmbito jurídico brasileiro convém ser tratada primordialmente por meio de uma lei. Ocorre que o cenário forense que se vislumbra demandava uma atitude urgente, pois já havia alcançado uma insustentabilidade.

Cabral (2021, p. 40) assim descreve o contexto que levou à implementação da resolução: “A situação do sistema penal vinha se deteriorando. A impunidade e a falta de credibilidade vinham (e vêm) acarretando uma série de movimentos em nosso tecido social, que são altamente nocivos e que, uma vez instalados, acarretam extrema dificuldade para a recuperação da normalidade”.

A afirmativa pode ser observada, segundo Cabral (2021)

Nos preocupantes movimentos de milícias, de grupos de extermínio e de justiceiros que vêm se espalhando, com uma força cada vez maior, em nossa sociedade. Na própria polícia, tem-se notado um grande sentimento de revolta contra a impunidade. No meio de certas facções policiais e no seio de muitas comunidades e agrupamentos menos esclarecidos, a revolta contra a impunidade tem se transformado em um aberto ataque aos direitos humanos. Como se não fosse possível punir, respeitando-se os direitos fundamentais. Esse movimento de rebelião contra o sistema normativo posto, ainda que muitas vezes camufle tentativas de legitimar a violência policial, não pode ser ignorado ou menosprezado, já que representa um sério sintoma de uma situação pré-falimentar do sistema penal. (CABRAL, 2021, p. 41).

Uma das principais justificativas para a criação desse acordo foi a redução da carga de trabalho no Sistema de Justiça Criminal, visto que a celebração de acordos acarreta uma diminuição no tempo de tramitação processual; bem como, o fato de que quando o Estado não

consegui cumprir o seu dever de proteção dos bens jurídicos tutelados pela lei penal, as instituições estatais tendem ao descrédito.

Assim temos que, a miscelânea de problemas como o excesso de trabalhos, aumento da impunidade e da cifra negra, descrédito das instituições jurídicas brasileiras foram as razões para a criação do mecanismo no âmbito de uma resolução.

Salienta-se que não foi a primeira inovação jurídica trazida por meio de uma resolução, haja vista que o Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo do poder judiciário, já havia instituído, por meio da Resolução nº 213/15, a obrigatoriedade da audiência de custódia para as prisões em flagrante.

A referida Resolução aumentou a aceitabilidade daquilo que, alguns anos após, seria estabelecido pelo CNMP. Nesse sentido, sua constitucionalidade foi confirmada pelo STF, de maneira que permaneceu sendo utilizado até a sua efetiva inserção na Lei Processual.

O Pacote Anticrime, porém, exauriu as discussões acerca da validade ou não da instituição do ANPP por meio de uma resolução do CNMP, incluindo no Código de Processo Penal o art. 28-A, cuja literalidade dispomos a seguir, na íntegra:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a

órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Destaca-se que, entre a Resolução 181/17 do CNMP e o art. 28-A do Código de Processo Penal, existem algumas distinções. Porém, toda a arquitetura do ANPP foi definida pela referida Resolução.

Os requisitos para a celebração desse acordo demonstram qual a estratégia que o Órgão Ministerial pretende adotar na persecução criminal; por meio do ANPP o Ministério Público define a sua política criminal, os crimes que merecem mais atenção do Estado (no caso, os crimes cuja pena ultrapassam 4 anos, crimes praticados com violência ou grave ameaça, ou aqueles inseridos em um contexto de violência de gênero contra a mulher), e os agentes infratores cujo Estado atuar mais ativamente na aplicação da pena, para a concretização da função mista da pena: prevenção e retribuição.

O ideal de que o direito penal se presta à obtenção das finalidades da política criminal é um dos pilares da teoria funcionalista do crime. Essa teoria é defendida por Roxin (2000) na qual defende que o direito penal e política criminal devem andar juntos. Tese confirmada por Cunha e Souza (...) ao afirmarem: “O Acordo de não persecução penal é alvissareiro e uma legítima manifestação do funcionalismo penal”.

Esses mesmos autores defendem o papel protagonista do Ministério Público na definição da política criminal de persecução penal, pois é ele que atua na linha de frente da chamada *persecutio criminis in judicio*, no papel de titular da ação penal pública.

Para Cabral (2021) os membros do Ministério Público devem escolher as prioridades político-criminais para a obtenção dos objetivos da persecução penal, pois, essas escolhas terão grande influência nos rumos do direito penal brasileiro.

Convém destacar que o ANPP possui natureza jurídica de mecanismo de efetivação da política criminal do Ministério Público, como constata Cabral (2021), na medida em que, por meio de seus requisitos, faz a “seleção dos casos penais que ostentam maior relevância dentro da política de persecução penal adotada pelo Ministério Público”. Para o autor: “a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é caracterizada por um negócio jurídico que consubstancia a política criminal do titular da ação penal pública na persecução dos delitos”. (CABRAL, 2021, p. 87)

Nesta perspectiva, os critérios de avaliação da vantagem em termos de alcance da sua política-criminal nada mais são do que os requisitos – tanto objetivos quanto subjetivos – que regem o ANPP, como será explicado mais à frente.

Sobre a natureza jurídica das obrigações assumidas no âmbito do ANPP, Cabral (2021) assevera que tais obrigações não ser enquadradas como espécies de “penas”, por lhe faltar o requisito essencial: a obrigatoriedade no cumprimento, independentemente da vontade do apenado.

Não é assim que ocorre com as obrigações assumidas em ANPP. O aceitante cumprilhes-á de acordo com o seu arbítrio. A única consequência do seu descumprimento é que autoriza o Ministério Público a dar continuidade ao processo, sob os ritos comuns: ou seja, ele será processado.

Não sendo pena, doutrina majoritária considera que as obrigações assumidas em sede de ANPP possui natureza jurídica de obrigação negocial, porém, que se concretiza “como um equivalente funcional da pena”, como afirma Cabral (2021, p. 93).

4.1 Requisitos do ANPP

Conforme afirmando anteriormente, os requisitos para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previstos no art. 28-A do CPP, expressam a estratégia a ser adotada para a implementação da política-criminal do Ministério Público, tendo em vista a diretriz apontada pela Teoria Funcionalista de que o Direito Penal e a Política-Criminal devem andar juntos para alcançar seus objetivos.

Apartir desta constatação passamos a tratar dos requisitos para a celebração do acordo, que, por razões didáticas, subdividem-se em requisitos objetivos – aqueles que estão vinculados ao fato objetivamente considerado – e requisitos subjetivos – aqueles relacionados à pessoa do investigado.

4.1.1 Requisitos Objetivos

O primeiro requisito objetivo a ser considerado para a celebração do ANPP está previsto no art. 28-A, *caput*, e estabelece que, para que seja possível a celebração do acordo, a pena mínima cominada ao fato delituoso seja inferior a 4 anos. Essa pena será aferida levando-se em consideração as causas de aumento e de diminuição que o fato concreto envolve.

Crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 anos estão comumente associados a fatos delituosos de média gravidade. Isso indica a intenção do legislador em possibilitar que os delitos de média gravidade possam receber tratamento mais célere, e, assim, os fatos mais graves tenham mais tempo e mais recursos nos órgãos de justiça para serem mais detidamente analisados.

Para dar encaixe com o que tratamos no capítulo anterior, ressaltamos que essa estratégia é parte da política-criminal a ser adotada no Brasil para tratamento mais assertivo dos fatos de maior gravidade, de modo a disponibilizar ao Judiciário e ao Ministério Público mais tempo e mais recurso para o seu combate.

Frisa-se também que o ANPP só é aplicável em crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, privilegiando o tratamento mais brando, para os crimes não violentos. Pela ótica de Cabral (2021), o intento desse requisito é desprestigiar os crimes cometidos com violência ou ameaça contra a pessoa, o que, em sua opinião, exclui os crimes que envolvem a violência contra coisas (a exemplo do crime de dano).

Ademais, importante destacar que, para o preenchimento desse requisito, não importa se a violência ocorreu de forma dolosa ou culposa. Assim, crimes culposos praticados por meio de violência, a exemplo do homicídio culposo, não são passíveis de se resolverem por meio do ANPP.

O art. 28-A, *caput*, do Diploma Processual Penal, também estabelece que só será cabível o acordo se as cláusulas aventadas pelas partes estabeleceram ao investigado obrigações necessárias e suficientes para a reprovação do fato praticado e a prevenção de que se cometam novos fatos delituosos.

Essa análise é feita privativamente pelo promotor, não cabendo interferência por parte do judiciário. Alerta-se, porém que, a semelhança do que ocorre com o arquivamento, caso o

juiz não concorde com a opinião do Ministério Público, ele pode submeter o feito à instância superior do Órgão, nos termos do §14 do art. 28-A.

Embora o Ministério Público possua discricionariedade para fazer essa análise, ela jamais poderá ser arbitrária, devendo o promotor, em todas as ocasiões, justificar e fundamentar a sua decisão.

Assim, em que pese não se trate de pena, as obrigações estabelecidas no ANPP devem ter o condão de cumprir as funções da pena de retribuir o mau causado e de prevenir que ele venha a ocorrer novamente (de acordo com a Teoria Mista ou Unificadora, que é a mais aceita no ordenamento jurídico brasileiro).

Para estabelecer se as obrigações avençadas no ANPP são, de fato, necessárias e suficientes para a reprovação e a prevenção, o promotor deverá analisar a gravidade do injusto praticado, bem como a culpabilidade do investigado no caso concreto, conforme preleciona Cabral (2021).

O artigo em comento também ressalta que a aplicação do instituto somente será devida quando no caso não for cabível a transação penal, haja vista que o ANPP é medida mais gravosa do que o instituto despenalizador da transação penal.

Outro fator apto a inibir a celebração do acordo está previsto no art. 28-A, § 2º, IV, in verbis:

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:
IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Assim, caso o crime tenha sido praticado com violência doméstica ou familiar, estará vedado a celebração do Acordo, isso abrange qualquer crime que tenha sido cometido em contexto doméstico, ou seja, crimes que envolvam pessoas que convivam no mesmo ambiente físico, ainda que entre elas não haja relação de parentesco: a exemplo de estudantes que moram em uma república, ou no caso de um crime cometido contra a empregada doméstica que habita na mesma casa que os patrões. Cabe assinalar que os crimes cometidos em âmbito familiar levam em conta as relações de parentesco entre autor e vítima, independentemente do espaço físico em que residem.

Frise-se que a vedação só se dá se esses crimes forem cometidos com violência. Essa violência difere-se da violência geral (a qual incide a vedação de acordo sobre todo e qualquer crime) por ser mais abrangente. Na afirmação de Cabral (2021, p. 112) essa violência abrange tanto a violência física, quanto a violência sexual, patrimonial e moral que ocorrem em contexto doméstico e familiar.

Semelhantemente, se o delito houver sido praticado contra a mulher, em razão do seu gênero, contra o agressor será incabível o oferecimento do ANPP, por expressa vedação desse mesmo dispositivo. Nesse caso, a vedação aplica-se tanto aos crimes praticados com violência (seja ela física, sexual, moral, patrimonial), quanto aos crimes praticados sem violência, bastando para tanto estar caracterizado que o elemento caracterizador do crime foi a condição feminina.

Por último, ressalta-se como um dos requisitos, no nosso entendimento, o mais relevante, o fato de que, para o oferecimento do acordo é necessário que não seja causa de arquivamento. Ou seja, o art. 28-A destaca que somente celebrar-se-á o acordo quando presentes elementos suficientes que constituam justa causa para o oferecimento da denúncia.

4.1.2 Requisitos Subjetivos

Analogamente aos requisitos objetivos, os requisitos subjetivos também estão intrinsecamente relacionados com a política-criminal a ser adotada no Brasil, e, por isso, a refletem, excluindo da possibilidade de celebração de Acordo de Não Persecução Penal certos perfis de agentes infratores, para que o fato praticado por eles venha ser mais detidamente analisado pelo Sistema de Justiça.

Nesse sentido, o legislador optou em dar tratamento mais brando, por meio do oferecimento do ANPP, para aqueles criminosos que não tem o crime como uma conduta costumeira, e sim como um acontecimento eventual.

Assim, nos termos do art. 28-A, § 2º, II, do Código de Processo Penal (CPP), somente será possível a celebração do ANPP quando o investigado não for reincidente e quando o crime não houver sido praticado com habitualidade, reiteração ou profissionalismo.

Desse modo, só podem celebrar o ANPP aqueles que forem réus primários, devendo-se sempre observar o período depurador da reincidência (após o transcurso de 5 anos, contados da extinção da punibilidade).

Ademais, o celebrante não pode realizar as condutas de forma habitual, reiterada ou profissional. Isso consiste em uma legítima aplicação de uma política-criminal mais severa voltada para crimes que se praticam de forma rotineira, ao longo de um período, de forma aperfeiçoada e organizada.

Outro fator a ser analisado quando da celebração do ANPP é a inexistência de acordo anterior nos últimos 5 anos, contados do dia da homologação do acordo ou ao da suspensão do processo. Essa vedação inclui a celebração de transação penal, acordo de não persecução penal ou suspensão condicional do processo. Assim, para que possa ser beneficiado pelo ANPP, mister que o investigado não haja sido beneficiado por qualquer dos institutos negociais processuais dentro desse período.

Uma característica marcante do ANPP que o difere da transação penal é a obrigatoriedade de que o investigado efetue a confissão formal e circunstanciada do delito no momento de sua celebração. Essa confissão não induz em assunção de culpa, conforme já destacado, mas é condição *sine qua non* para a validade da avença. Essa inclusive é a posição já decidida pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se verifica, por exemplo, no julgamento do HC nº 183224.

Ainda que na fase policial o investigado tenha negado os fatos, ele poderá optar em confessá-los na fase pré-processual. É necessário que essa confissão seja feita no momento da celebração do acordo, na presença do membro do Ministério Público, ainda que já tenha sido feita no inquérito. Caso não haja essa confissão formal por parte do acusado no momento da celebração do acordo, esse não poderá ser homologado pelo magistrado.

Nesse sentido, é importante destacar que, em sua confissão, o agente deve descrever minuciosamente todo o fato, com todas as suas circunstâncias e partícipes. O seu depoimento deve ser feito com suas próprias palavras, sem qualquer condução (como, por exemplo, por meio da leitura de um roteiro pré-estabelecido), não sendo suficiente que ele apenas confirme os elementos probatórios angariados na investigação. Caso posteriormente se descubra uma omissão de sua parte, o ANPP poderá ser rescindido por descumprimento desse requisito fundamental.

Sendo a confissão um requisito de importância singular, é necessário que se observe todo o procedimento a qual deve ser submeter, o qual está estabelecido pela Resolução nº 181/17 do CNMP. Nela está estabelecido que a confissão do investigado deve ser filmada e gravada.

Em suma, a confissão é um importante elemento na celebração do acordo. Dentre as suas funções destacamos que ela reforça a existência de justa causa quanto aos fatos investigados. Assim, evita-se que haja a condenação de pessoas inocentes.

Além do mais, a confissão consiste em importante vantagem processual para o Ministério Público, caso ocorra o descumprimento injustificado do acordo. Isso porque, conforme destaca Cabral (2021), ela ajuda a confirmar todos os elementos de prova produzidos em contraditório. São esses os requisitos sem os quais o Acordo de Não Persecução Penal não poderá ser celebrado.

4.2 Cláusulas do acordo

No bojo do art. 28-A também encontramos a indicação das cláusulas que podem ser acordadas por meio do Acordo de Não Persecução Penal. Elas estão definidas nos incisos I ao V. Para Cabral (2021) as cláusulas previstas nos incisos I, II e III são sempre necessárias e cumulativas, quais sejam:

Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
Prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Para o autor, em todos os acordos devem se fazer presentes, necessariamente essas três cláusulas. A elas, podem ser somar a condição do inciso IV ou a condição do inciso V, alternativamente. São elas:

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha,

preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

Ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

O autor reforça que a cumulação entre as penas restritivas de direito e a multa só podem ocorrer nas hipóteses em que o período de cumprimento da obrigação for superior a um ano, por aplicação analógica do art. 44, § 2º do Código Penal.

Destaca-se que a cláusula prevista no art. 28-A, I, (a reparação do dano causado à vítima), demonstra uma tendência da atual política-criminal brasileira de procurar integrar os interesses da vítima ao processo penal, em que pese um longo processo histórico de neutralização da vítima, como já demonstramos no 2º capítulo, ao tratarmos do histórico da obrigatoriedade da ação penal.

Assim, nos termos do art. 28-A do CPP, aquele que outrora fora ofendido por um injusto penal, não será relegado ao esquecimento, mas terá como um dos compromissos imprescindíveis do celebrante, a reparação do seu dano ou o ressarcimento do que lhe foi vituperado, salvo, conforme exposto na lei, a absoluta impossibilidade de fazê-lo. Como aponta Cabral (2021, p. 150) a reparação efetiva da vítima é essencial para que o acordo se considere cumprido.

Para entender a extensão do dano sofrido pela vítima, as autoridades envolvidas na apuração do fato devem perquirir com o próprio ofendido qual dano sofrido e quais as possibilidades de reparação. Ademais, Cabral (2021) recomenda a participação da vítima durante o processo de negociação, de modo que possa auxiliar o membro do Ministério Público na fixação de cláusulas que efetivamente importem em sua reparação.

Frisamos que, em que pese o Ministério Público possa e deva ouvir a vítima durante esse processo, a sua função primordial não é defender os interesses individuais do ofendido, e sim o interesse público. Assim, cabe a ele rechaçar qualquer tentativa da vítima em receber uma indenização exorbitante e descabida. Nesse sentido, deve-se sempre prezar pela razoabilidade dessa indenização.

Quanto ao inciso II, destacamos que uma das cláusulas a serem estabelecidas no acordo consiste na renúncia voluntária a bens ou direitos que forem instrumento, produto ou proveito do crime, a serem indicados pelo Ministério Público. Essa cláusula antecipa uma das

consequências da condenação, prevista no 91, II, a e b, do Código Penal. Isso, em termos de política criminal, é muito benéfico para o Estado, que não precisará esperar todo o deslinde do processo para dar uma destinação adequada a esses bens (ou direitos), obtidos ilegalmente ou utilizados em atividades ilícitas.

Como última cláusula obrigatória do acordo, temos no inciso III o seguinte: o investigado deve se comprometer à prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública. Essa obrigação deve ser estabelecida levando-se em conta o tempo de cumprimento da pena mínima que seria aplicada ao fato praticado, considerando-se as causas de aumento e de diminuição. Feito isso, deve-se aplicar a fração de diminuição de um ou de dois terços, a depender da gravidade do fato e do grau de culpabilidade do agente.

O resultado desse quantum deve ser transformado em horas. O que equivale dizer que, por aplicação analógica do art. 46, § 3º do Código Penal, cada dia cominado a “pena” equivale a uma hora de prestação de serviço.

Assim, no bojo do acordo, devem estar claramente previstas as quantidades de horas que o aceitante deverá prestar os seus serviços gratuitos. Quanto ao local da prestação, ao contrário do que definia a Resolução nº 181 do CNMP, ele não será definido por negociação das partes, mas será fixado pelo próprio juiz da execução. Esse ponto específico da avença, portanto, não será objeto de negociação.

Quanto a essa escolha, a própria Lei recomenda ao juiz da execução que procure sempre que possível destinar a obrigação a uma instituição que proteja ou promova os bens jurídicos lesionados pelo crime. Com isso o legislador ressalta o caráter preventivo dessa medida, visto que intenta levar o aceitante a uma reflexão e reconsideração dos seus atos.

Outro ponto a ser considerado pelo magistrado diz respeito as qualificações e habilidades do aceitante. Assim, apenas a título exemplificativo, se ele for advogado, pode ser acordado a prestação de serviços voluntários na Defensoria Pública.

O acordo também pode prever ao aceitante a obrigação de efetuar prestação pecuniária a uma entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juiz da execução, nos termos do art. 28-A, IV. Esse mesmo artigo indica que a escolha do juiz da execução da pessoa jurídica a ser beneficiada pela prestação deve, preferencialmente, ter relação com o bem jurídico lesionado pelo delito, analogamente ao que ocorre com a prestação de serviço.

A prestação pecuniária estabelecida como cláusula do ANPP difere-se da pena de prestação pecuniária (prevista no Código Penal), pois, ao contrário dessa, será destinada à reparação da vítima, a qual é feita por meio de uma cláusula própria.

Além do mais, ressalta-se que, por aplicação analógica do art. 45, §1º, do Código Penal, a obrigação de prestação pecuniária possui limites mínimo e máximo, não podendo ser inferior a um salário-mínimo, e nem superior a 360 salários-mínimos. O quantum desta obrigação será fixado levando-se sempre em conta a gravidade do crime e a capacidade econômica do agente.

Assim, o montante estabelecido a título de prestação pecuniária deve ser proporcional à gravidade do crime e à culpabilidade do agente, de modo que os crimes mais graves com maior culpabilidade do agente recebam agravo financeiro maior do que aqueles crimes praticados com menor gravidade ou menor culpabilidade.

Além do mais, deve-se sempre levar em conta a capacidade financeira do agente. Assim, para que a obrigação se preste a alcançar a sua finalidade preventiva, não pode ser demasiadamente leve nem excessivamente pesada para o aceitante. Interpreta-se esse fato a luz do art. 60 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 60. Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

Por último, o art. 28-A, V, informa que o Ministério Público pode consensualmente com o investigado, estabelecer outras condições não previstas expressamente nesse artigo. Nesse caso não há taxatividade, mas discricionariedade por parte do promotor em analisar o caso concreto e pensar em medidas que melhor se adéquem à retribuição e a prevenção do delito. A lei, porém, estabelece certas restrições para o estabelecimento dessas cláusulas, a medida deve necessariamente ser proporcional e compatível com o crime.

Esse rol aberto é benéfico, ao nosso sentir, por permite uma aproximação mais clara entre o crime cometido e a medida a ser cumprida, sempre analisando o caso concreto. Não existe ilegalidade ou inconstitucionalidade nesse fator de discricionariedade, conforme destaca Cabral (2021, p. 167) pois: a cláusula é avençada por ajuste livre de vontade entre as partes; existe previsão legal para tanto; a taxatividade é exclusiva para a aplicação de penas; ela jamais incidirá sobre direitos indisponíveis do investigado.

Para a aplicação dessa medida, a possibilidade é muito ampla. Exemplificamos as avenças mais comuns: proibição de frequentar certos lugares ou se aproximar de certas pessoas; renúncia ao cargo ou mandato (nos casos em que o crime se relacione com ele); renúncia ao direito de dirigir; compromisso de comparecer a programas de reabilitação.

Frisa-se que a cláusula sempre deve especificar o tempo durante o qual a obrigação deve ser cumprida. Além do mais, jamais pode trazer prescrições vagas, mas deve sempre demonstrar especificamente o que precisa ser feito da parte do investigado.

Vimos até aqui quais cláusulas podem ser estabelecidas por acordo entre o investigado e o Ministério Público. Da análise dos requisitos para a celebração do ANPP e das cláusulas avançadas percebemos que este acordo consiste em importante mecanismo de efetivação da justiça criminal.

É certo que se legitima por um anseio funcionalista, que destaca a necessidade de efetividade do sistema de justiça. Percebemos, porém que a arquitetura do Acordo de Não Persecução Penal foi desenhada de modo, que ele seja inteiramente benéfico ao investigado, conforme explanaremos a seguir.

Ao longo desse trabalho tratamos de vários benefícios gerados pelos negócios penais, em especial pelo ANPP. Entre estes benefícios destacamos: a celeridade processual, a implementação de uma política criminal mais efetiva, a redução do excesso de trabalho no judiciário, a redução do encarceramento.

Nesse momento, porém, destacamos que o Acordo de Não Persecução Penal, enquanto medida despenalizadora, traz muitos benefícios à esfera pessoal do investigado. Segundo Cunha e Souza (2019):

O Acordo de Não Persecução Penal não implica qualquer desvantagem ao ofendido, notadamente nos crimes em que ele é bem definido, visto que o primeiro requisito para celebração do Acordo de Não Persecução Penal é a necessidade imperiosa de reparação de danos sofridos o que atende seus interesses imediatos e à moderna tendência criminológica de revalorização da vítima no processo penal (CUNHA; SOUZA, 2019, p. 7)

A celebração de um acordo antes do oferecimento da denúncia evita que o acusado se submeta ao constrangimento de um processo penal. A condição de réu em um processo penal é por si só desgastante, morosa, e, por vezes, custosa (principalmente quando o acusado opta em

ser assistido por um advogado particular). Sem contar o fato de que a pessoa que responde um processo é, muitas vezes, estigmatizada pela sociedade.

Isso porque, embora a constituição garanta a presunção de inocência no âmbito jurídico, no contexto social não é bem assim que as coisas acontecem. Responder a um processo criminal muitas vezes é uma mancha na reputação do imputado, o que tende a ser especialmente danoso quando o exercício de sua profissão ou função está intrinsecamente atrelado à sua reputação (como é o caso dos políticos, magistrados, sacerdotes, promotores, agentes de segurança pública, dentre outros).

A celebração desse acordo não viola, qualquer garantia penal, desse investigado. Assim, por exemplo, não há violação de sua presunção de inocência na celebração do acordo, pois ao fazê-lo o agente não recebe, qualquer imputação de culpa. Isso fica especialmente ressaltado pelo fato de que o ANPP não gera reincidência ou mau antecedentes, mas tão somente impede a celebração de um novo acordo pelo período de 5 anos.

Também não é violada a garantia do devido processo legal. Isso porque o acordo é firmado e validado por um ajuste livre de vontade entre as partes, de modo que o agente pode, por qualquer razão que lhe pareça conveniente, negar-se a sua celebração. Além do mais, as obrigações firmadas na avença não consistem em uma pena, embora devam cumprir as funções reservadas a essa no Código Penal (retribuição e prevenção). Não são pena pois lhe falta o atributo essencial de uma pena: a coercibilidade.

Assim, caso o aceitante descumpra injustificadamente as obrigações firmadas no ANPP, não há como coagi-lo a cumprir. O que ocorre é que o promotor terá o direito de deflagrar a ação penal. Conforme o explanado, não há como dizer que o ANPP viola a garantia de que não ser aplicada a pena sem o devido processo penal, haja vista que suas obrigações não consistem em pena.

Além de não ser pena, as obrigações firmadas no ANPP têm o condão de serem menos gravosas ao acusado do que a pena que seria aplicada ao final do processo. Esse é o objetivo desses acordos: o réu é beneficiado ao renunciar ao processo. Sem esse benefício não haveria incentivos ao ajuste. Como benefícios podemos mencionar a redução de um a dois terços na prestação pecuniária e na prestação de serviços.

O ANPP tem como um dos seus objetivos a redução da impunidade. Assim, o estabelecimento de obrigações ao aceitante garante que ele não saia ileso ante a prática de um injusto penal. Porém, percebe-se que seu intento não é meramente retributivo. Existe uma intenção preventiva muito clara em várias cláusulas desse acordo.

Percebemos então que ele visa um estímulo a que o aceitante se desvincule da criminalidade. Isso é evidenciado em alguns momentos. Podemos destacar a vedação a celebração de um novo acordo no prazo de 5 anos, que visa desestimular a reiteração delitiva.

Além disso, percebemos que a intenção do legislador ao estabelecer que a prestação de serviços deveria ser preferencialmente a uma entidade livrada a proteção do bem jurídico violado é justamente que o aceitante emergja na realidade das consequências do ilícito, de modo que possa repensar as suas ações. O mesmo ocorre com a prestação pecuniária.

O rol aberto de possibilidades que podem ser firmadas pelo promotor, supera a taxatividade das penas aplicadas pelo juiz. Isso é positivo na medida em que o membro do Ministério Público pode, na análise do caso concreto, fixar obrigações que sejam muito mais pertinentes ao caso, de modo a conduzir o aceitante ao afastamento da atividade criminosa.

Dito isso, passemos às considerações finais!

CONCLUSÃO

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, conforme demonstrado no decorrer deste estudo, é um dogma no processo penal brasileiro cujas origens remontam aos primórdios do iluminismo. Ademais, também está ligado com o sistema processual penal inquisitivo e com as teorias absolutas da pena.

As duas formas de pensamento, ou seja, o processo penal inquisitivo e as teorias absolutas da pena, vem sendo superadas pelo pensamento jurídico moderno, de modo que a adoção absoluta e irretratável de um princípio da obrigatoriedade da ação penal se mostra incompatível com a real necessidade vislumbrada no cenário brasileiro.

Além disso, a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal para absolutamente todos os casos que se apresentam na justiça brasileira tem sido um dos fatores de falência da justiça atual, devido ao excesso de trabalho que acarreta, o que traz como consequência, na melhor das hipóteses, a morosidade na solução dos casos, na pior das hipóteses, o aumento da cifra negra e da impunidade.

A necessidade de eficiência nos casos que envolvam os processos criminais é muito destacada na teoria funcionalista, a qual foi recorrentemente mencionada nessa pesquisa. Essa teoria leva em conta que o direito penal e a política criminal devem andar juntas para atender os mesmos objetivos. Por essa teoria, é necessário se repensar o princípio da obrigatoriedade dando-lhe uma nova interpretação e roupagem.

Assim, e com o endosso das recomendações internacionais (a exemplo das Regras de Tóquio), surge a necessidade de se criar alternativas ao processo penal, o que impõe a mitigação, em certos casos, do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Nesse contexto nasce no cenário brasileiro o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, e, posteriormente, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei 13.964 (vulgo, Pacote Anticrime).

O acordo é um mecanismo de aplicação da política criminal do Ministério Público, de modo a selecionar os casos mais relevantes à apreciação do Estado, reduzindo a demanda de

casos de menor gravidade por meio da celebração do acordo, evitando-se assim a deflagração da ação penal.

Em que pese a criação do instituto tenha se dado essencialmente para suprir a demanda judiciária, ele traz em seu bojo inúmeros benefícios ao investigado e, por essa razão, é muito mais coerente com a atual concepção de função da pena e de sistema penal acusatório.

Isso porque, o aceitante recebe o direito de celebrar ou não o acordo, podendo sempre recusar-se. O seu aceite sempre será devidamente instruído por defensor, de modo que não exista desequilíbrio entre as partes (autor do fato e Ministério Público).

O aceitante é poupado do constrangimento de responder um processo penal, além de manter seus registros criminais hígidos, pois não haverá assunção de culpa em sentido judicial.

Por derradeiro, as obrigações assumidas serão sempre mais brandas que a pena a ser supostamente aplicada, tendo sempre um teor preventivista, visando gerar consciência das consequências do fato ao seu autor, de modo a desestimular o cometimento de novos crimes. Essas obrigações jamais importarão o encarceramento, o que contribui para a redução da demanda penitenciária brasileira.

Assim, concordamos que não há que se falar em violação a quaisquer garantias fundamentais por parte daquele que celebra o ANPP, não sendo, a nosso ver, a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal uma afronta à legislação principiológica protetiva do acusado. Ao contrário, entendemos ser esse instituto benéfico em todos os sentidos: tanto para o Estado, quanto para as vítimas, quanto para o infrator.

Além do mais, endossamos a concepção de Cunha e Souza de que o consenso entre as partes leva a um sistema de coparticipação, capaz de gerar vantagens recíprocas para o acusado, para o Ministério Público e para as vítimas, como afirmam:

O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral (CUNHA; SOUZA, 2019, p. 8).

Nesse sentido, entendemos ser o ANPP a melhor alternativa, do ponto de vista da Teoria Funcionalista, para atender a demanda de justiça do Estado, harmonizando a necessidade

de eficiência estatal com as garantias individuais do acusado, de modo a efetivar a retribuição pelo injusto praticado e a prevenção ao cometimento de novos crimes.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. **Dados – Revista das Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 677-704, 2002. Disponível em: <https://ne.v.prp.usp.br/wp-content/uploads/2014/08/down068.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Método, 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Edipro, 1999.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 jan. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Plenário). **Recurso Extraordinário nº 795567**. CONSTITUCIONAL E PENAL. TRANSAÇÃO PENAL. CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO. POSTERIOR DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE CONFISCO DO BEM APREENDIDO COM BASE NO ART. 91, II, DO CÓDIGO PENAL. AFRONTA À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL CARACTERIZADA. Recorrente: Luiz Carlos de Almeida. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator(a): Min. Teori Zavascki. Brasília, 09 de setembro de 2015 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=177&dataPublicacaoDj=09/09/2015&incidente=4527270&codCapitulo=5&numMateria=126&codMateria=1>. Acesso em: 07 fev. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não Persecução Penal: À luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

_____. **Um panorama sobre o acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP)**. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2a36cfc8306908148b233995a76a4532.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **CustosLegis: Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, Rio de Janeiro, p. 1-26, 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

COULANGES, Fustel. **A cidade Antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1981.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral** (arts. 1º ao 120). 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve história do Direito Penal e da evolução da pena. **Revista Eletrônica Jurídica – REJUR**, Campo Largo, Paraná, n. 1, p. 60-69, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.periodicosibepes.org.br/index.php/redir/article/view/362/pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

FELICIO, Carlos Eduardo. **Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública**. JusNavigand, setembro de 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19923/principio-da-obrigatoriedade-da-acao-penal-publica>. Acesso em: 28 dez. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GONÇALVES, Pedro Correia. A era do humanitarismo penitenciário: As obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham. **Revista da Faculdade de Direito da Unidade Federal de Goiás**, Goiânia, v. 33, n. 1, p. 9-17, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/download/9792/6687/0>. Acesso em: 28 mar. 2021.

GRECO ROGERIO. **Curso de direito penal: parte geral**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: Juspodivm, 2021.

LOMBROSO, César. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone; 2007.

MASSON, Clebere. **Direito Penal Esquematizado: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Método, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro, 2016.

Ó SOUZA, Renee do; CUNHA, Rogerio Sanches. **A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal**. Disponível em: <https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7d-legalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Editora Almedina, 2015.

PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Uma visão contemporânea da soft law**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64141/uma-visao-contemporanea-da-soft-law>. JusNavigandi, fevereiro de 2018. Acesso em: 29 mar. 2021.

POMPEU, Júlio Cesar; HUNGARO, Marlon Amaral. **Três formas de punir: um estudo a partir da concepção punitiva do modelo prisional de “Pelican Bay”**. Disponível em www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b44d430b7454e3e7. Acesso em: 27 mar. 2021

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROXIN, Claus. Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a segunda guerra mundial. In: VALDÁGUA, Maria da Conceição (Org.). **Problemas fundamentais de Direito Penal: Colóquio Internacional de Direito Penal em homenagem a Claus Roxin**. Lisboa: Universidade Lusfada, 2002.

SILVA, Gabriel Videira; REIS, Karine. **O sistema de mediação no atual direito processual penal brasileiro**. JusNavigandi, março de 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56830/o-sistema-de-mediacao-no-atual-direito-processual-penal-brasileiro/2>. Acesso em: 29 mar. 2021.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. **Revista do Ministério Público do Estado de Goiás**, Goiânia, n. 34, p. 35-50, jul./dez. 2017. Disponível em: http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2018/02/22/16_46_22_382_Revista34_final_Layout_1.pdf. Acesso em: 23 mar. 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: O Direito Penal Negocial. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 376-396, 2016. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4097>. Acesso em: 28 mar. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2014. 60 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.